

318507
17
25



UNIVERSIDAD INTERCONTINENTAL

ESCUELA DE DERECHO.
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO
1983-1988

**REGIMEN LEGAL DE LAS FRANQUICIAS
EN MEXICO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARISOL GUADALUPE LOPEZ CUEVAS

ASESOR DE TESIS: LIC. MAURICIO JALIFE DAHER

MEXICO, D. F.

1994

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE

PAG.

INTRODUCCION.....	2
-------------------	---

CAPITULO I RESEÑA DEL DESARROLLO DE LA FRANQUICIA

1. PRIMEROS ANTECEDENTES.....	6
2. ANTECEDENTES RECIENTES.....	17
3. SITUACION DE LA FRANQUICIA EN DIVERSOS PAISES.....	29

CAPITULO II CONCEPTO DE FRANQUICIA Y ANALISIS DE SUS ASPECTOS COMERCIALES.

1. CONCEPTO DE FRANQUICIA.....	54
2. ASPECTOS COMERCIALES CARACTERIS- TICOS DE LA FRANQUICIA.....	64
3. CLASES DE FRANQUICIAS.....	76
4. IMPORTACION Y EXPORTACION DE FRANQUICIAS.....	78

CAPITULO III REGIMEN LEGAL DE LA FRANQUICIA EN MEXICO.

1. LA FRANQUICIA Y SUS FIGURAS ANALOGAS.....	85
2. ASPECTOS CONTRACTUALES.....	93
3. LA FIGURA DEL FRANQUICIADOR.....	111
4. LA FIGURA DEL FRANQUICIADO.....	113

CAPITULO IV ASPECTOS CONTRACTUALES Y LEGALES DE LA FRANQUICIA EN MEXICO.

1. ETAPAS DE SU REGULACION.....	117
2. CARACTERISTICAS ESENCIALES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	122
3. CLASIFICACION DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	125
4. ELEMENTOS PERSONALES DE CONTRATO DE FRANQUICIA.....	129
5. ELEMENTOS REALES DE CONTRATO DE FRANQUICIA.....	131
6. ELEMENTOS FORMALES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	131
7. OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL FRANQUICIANTE.....	144
8. OBLIGACIONES DEL FRANQUICIATARIO.....	151
9. LA SUBFRANQUICIA.....	163
10. LA CESION DE LA FRANQUICIA.....	164
11. TERMINACION EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	166
CONCLUSIONES.....	174

INTRODUCCION

La importancia manifiesta que ha adquirido la franquicia en nuestro país en los últimos años, y su previsible desarrollo en los años por venir, despertaron mi interés por realizar el presente trabajo.

Su evolución, que comenzó a gestarse aún antes de que en México se iniciara al proceso de apertura comercial como una necesaria herramienta para el desarrollo económico, nos deja entrever que la franquicia será, en el futuro inmediato, un importante activador de una nueva cultura comercial e industrial, ya que en el futuro de México, presumiblemente se establecerá una coyuntura para el desarrollo de negocios internacionales, y en especial para aquellos basados en el sistema de franquicias.

La franquicia es un concepto de negocios factible tanto para compañías en crecimiento, como para personas interesadas en tener un negocio propio. Este sistema combina los beneficios y la fuerza de ambos. Una compañía crea un programa de franquicias para de esa manera desarrollar una red de distribución que opera fácilmente bajo una marca reconocida; a su vez, una persona o grupo invierte en una franquicia para acrecentar un negocio lucrativo propio, que capitalice el nombre, el conocimiento y la estabilidad del franquiciante.

Actualmente en nuestro país, la franquicia ha demostrado ser una forma de comercialización muy efectiva, la cual, además de ser muy atractiva como inversión, goza de amplia aceptación entre los

inversionistas mexicanos.

Las franquicias han sido desde hace varios años una de las manifestaciones más claras de la globalización, y uno de los países que en forma ejemplar se ha integrado a este proceso internacional resulta ser México; la franquicia, bajo el esquema de apertura comercial actual, se presenta como un sistema que proporciona expansión, desarrollo de marca, y que amplía los canales de distribución de las medianas y grandes empresas.

Dentro de este proceso de globalización, es importante destacar que no solo se ha dado la importación de franquicias, sino que se ha dado una internacionalización del sistema de franquicias en México desde hace varios años, y se están empezando a ver resultados; esto hace de las franquicias, vistas como una fórmula de desarrollo de negocios, uno de los más actuales y pujantes ejemplos del proceso de globalización en el que está involucrado nuestro país.

México, como perspectiva internacional en lo que se refiere al área de franquicias, tiene una posición geográfica privilegiada y con eso se puede convertir en un enlace entre las franquicias de los Estados Unidos, para que una vez modificadas y adaptadas a la cultura e idiosincrasia Latina, sean más tarde, exportables a países de Centro y Sudamérica; cabe destacar, que esto resulta ser en ambos sentidos, es decir, que franquicias nacionales deberán desarrollarse en nuestro país, para después ser exportadas; y más

allá de esto, muy pronto veremos en México a franquicias latinoamericanas que buscarán en nuestro territorio un catalizador para su futura expansión a otros mercados. El Tratado de Libre Comercio entre los países de Norteamérica vendrá a proporcionar condiciones más favorables para que éste proceso se lleve a cabo.

Las franquicias, además de tener la cualidad de crear empleos y contribuir en una parte a la superación de la población, ofrecen bienes y servicios de calidad; y por otro lado también generan polos de desarrollo, con lo cual se evita la migración de la población a las grandes ciudades.

En la actualidad el contrato de franquicia es un contrato atípico por la falta de regulación del mismo en la legislación mexicana, la regulación que existe para el contrato es de carácter administrativo y registral y se encuentra en la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial.

Es importante destacar la necesidad de crear una legislación que regule la franquicia, pues de lo contrario se cae en el error de celebrar contratos poco serios y se desvirtúa una figura jurídica que está siendo trascendental en nuestro país, dando como resultado que se vean lesionados intereses de particulares que por la falta de una legislación adecuada realizan negocios a los que les falta un sustento legal.

En la presente tesis, en su capítulo primero, nos avocaremos a estudiar los antecedentes de la franquicia en México y en el mundo, para que de esa manera podamos comprender y conocer mejor esta figura jurídica de gran importancia en la actualidad.

En el segundo capítulo se pretende dar un marco de referencia en torno a la franquicia, estudiando los conceptos que nos dan los diferentes autores; así como los tipos de franquicias existentes.

Para comprender más la franquicia es necesario hacer un análisis comparativo con las diferentes figuras análogas a esta figura jurídica, por lo que en el capítulo tercero, revisamos de una manera general el contrato de distribución, la concesión administrativa y la licencia de marcas y nombres comerciales.

Finalmente, para tener una visión más completa de la franquicia y darnos cuenta de que tan necesaria es la regulación jurídica en ésta figura, en el capítulo cuarto, analizamos los aspectos contractuales, así como las normas que regulan a las relaciones entre las partes que intervienen en el contrato.

CAPITULO I

RESEÑA DEL DESARROLLO DE LA FRANQUICIA

1. PRIMEROS ANTECEDENTES.

Para conocer los aspectos más relevantes relativos al desarrollo de las franquicias en el mundo, seguiremos la exposición que González Calvillo¹ realiza en su conocido libro "Franquicias, la Revolución de los Noventas".

Dicho autor establece que en virtud de que la figura de la franquicia se encuentra en una fase de juventud puesto que se inició hace apenas 50 años, nos tendremos que remontar a la época medieval, en la que la iglesia católica otorgaba franquicias a oficiales que fungían como recolectores de impuestos, los cuales se quedaban con un porcentaje de los mismos y entregaban el resto al papa.

De igual forma, en el siglo XVIII los nobles ingleses otorgaban franquicias similares a cambio de pagos o responsabilidades específicas. De esa forma podríamos considerar a la franquicia como una relación comercial básica o elemental en la que simplemente se otorga un privilegio especial a un individuo o grupo para la explotación de un nombre o insignia.

Como franquicia, el antecedente más reciente, indica que "El caso de las franquicias de producto y marca se remonta a mediados del siglo pasado cuando I.M. Singer Co., se enfrentó a un problema serio en la distribución de sus famosas máquinas de coser. Su dilema consistía en

cómo distribuir el producto a nivel nacional, con reservas bajas de efectivo y en una época en que sus ventas todavía no eran buenas, dado lo innovador del producto. En 1851 uno de sus representantes de ventas ubicados en Dayton, Ohio, que operaba bajo comisión logró vender su cuota de dos máquinas y además, generar una lista de personas interesadas en conocer el funcionamiento de las mismas. El hombre de Ohio mandó pedir más máquinas pero la casa matriz, que atravesaba por problemas serios de flujo, no tenía capital para manufacturar las máquinas solicitadas. Las personas interesadas podrían haber comprado las máquinas si tan solo las hubieran visto en operación. Impulsado por su desesperación, la compañía cambió su estructura básica de funcionamiento. A partir de ese momento, comenzó a cobrarle a sus vendedores en vez de pagarle, con lo cual eliminó su carga de asalariados y creó lo que hoy podríamos denominar como el primer esquema de concesionarios en Estados Unidos".

Con este sistema, se resolvió el problema de ventas y distribución, los concesionarios acordaron pagarles a Singer una cuota por el derecho de vender sus máquinas en territorios específicos. Estos compraban las máquinas a 60 dólares y las vendían con un sobreprecio, y también se resolvía el problema de flujo de efectivo que afrontaba la compañía.

¹ GONZALEZ CALVILLO, Enrique y Rodrigo, "FRANQUICIAS, LA REVOLUCION DE LOS NOVENTAS", Editorial Mc Graw Hill, México, 1991 p. 32

Según el citado autor, podría decirse que es uno de los esquemas de distribución que sirvió como fundamento para los elaborados sistemas de franquicia de la actualidad.

Después de varios años, General Motors adoptó un esquema básicamente idéntico. En 1898 la compañía se encontraba en un dilema similar a la de Singer, ya que como era una compañía joven que no contaba con los recursos para abrir puntos de comercialización propios, se vio en la necesidad de otorgar concesiones, siendo este sistema hasta nuestros días de mucho éxito, pues la industria automotriz suele usarlo y de esa manera cuenta con muchos puntos estratégicos de comercialización.

En el desarrollo de las concesiones automotrices, según explica González Calvillo², en los primeros casos se encuentra que las armadoras incluyeron a dueños de tiendas de bicicletas y de ferreterías como a sus concesionarios que empezaron a vender autos como negocio adicional. Posteriormente General Motors intentó otras opciones de mercadotecnia, como por ejemplo el correo directo y las tiendas departamentales, pero tenemos que la franquicia resultó ser el medio más exitoso para la venta de sus productos. Además, General Motors como negocio joven que era no estaba en posición de comprar los bienes raíces que se requerían para establecer los puntos de venta de sus autos, ni de contratarlos tan eficientemente como lo hacían en forma independiente los concesionarios. De esta forma, General Motors pudo utilizar sus recursos para la investigación y

² Idem p. 34

cuidadosa producción de sus vehículos, con lo cual consolidó su posición como líder de la industria.

Es un recurso muy común realizar una revisión de los antecedentes de una figura jurídica, con el objeto de conocer sus rasgos y peculiaridades a lo largo del tiempo hasta llegar a conformarse en su versión contemporánea.

En el caso de las franquicias resulta aún más importante en función de los fines de un trabajo recepcional como éste, repasar los antecedentes históricos de las franquicias en el mundo, toda vez que se trata de una institución aparentemente muy reciente, pero que al revisar su historial sorprendentemente revela que esto se remonta a varias décadas atrás.

Años más tarde, explica González Calvillo, en esta investigación llevada a cabo nos encontramos que las compañías petroleras y de autopartes también optaron por un sistema primitivo de franquicias con lo que lograron incrementar la distribución de sus productos, sin capital ni riesgo propios, explotando así el interés generalizado del pueblo Norteamericano por emprender un negocio propio en una industria tan popular en ese momento como la automotriz.

El caso de las gasolineras es interesante e ilustrativo, ya que, hasta 1930, las compañías petroleras eran dueñas de la mayoría de dichos establecimientos. Acto seguido, las gasolineras independientes que operaban con autorización de las compañías petro-

leras empezaron a caer en una agresiva guerra de precios. Por el miedo a perder ganancias en dicha guerra, Standard Oil Co., se optó por rentar sus estaciones a los administradores de las mismas. Los nuevos concesionarios o franquiciatarios establecieron sus propios precios y generaron así sus propios ingresos, con los riegos, beneficios y satisfacciones de un empresario.

La Standard Oil dejó de pagar salarios y prestaciones que le resultaban costosísimas, y comenzó a cobrar rentas de gasolineras que permanecían más tiempo abiertas y se manejaban más eficazmente, lo cual aportó a la compañía petrolera tremendos beneficios a corto plazo. Como ya sabemos, este esquema fue copiado por las demás compañías petroleras y se usa hasta el día de hoy en casi todo el mundo. Otro importante precursor de las franquicias fue Coca-Cola. En 1886, empezó a crecer lentamente gracias a su sistema de fuente de soda. Más tarde, en 1899, dos inversionistas en Chattanooga persuadieron al presidente de la compañía de que les otorgara los derechos para vender Coca-Cola en botellas en casi todo el país, con el limitante de que estos nuevos productos no interfirieran con su negocio de las fuentes de soda. Es así como estos dos empresarios establecieron la primera embotelladora en el mundo, absorbiendo el 100% del costo de instalación y encargándose de su manejo a cambio de recibir el concentrado necesario para el producto y el apoyo publicitario.

Los elementos mencionados en los párrafos anteriores, revelan la for-

ma en que la franquicia se fue conformando hasta alcanzar el esquema que conocemos hoy día. Elementos tales como la uniformidad de los establecimientos y la publicidad compartida se van sumando a la institución de la franquicia, hasta convertirla en un vehículo ideal para la expansión comercial.

Conforme fue creciendo la demanda del producto, los dos empresarios franquiciaron o, para el caso, utilizando una terminología de finales de la década del 90, subfranquiciaron los derechos del producto para distintas zonas geográficas, dada su falta de recursos y habilidad administrativa a nivel nacional. Ellos compraban el concentrado de Coca-Cola y lo revendían a los subfranquiciantes. En 1919, ya existían 1000 embotelladoras que participaban en este creciente negocio. Pronto siguieron otras refresqueras como Pepsi Cola y Dr. Pepper.

Como se puede apreciar al revisar los primeros elementos que surgieron en la conformación de las franquicias, es notorio que estas derivan de la propia dinámica comercial, resolviendo necesidades que la distribución de los productos marcaban en otros tiempos.

Es un hecho que históricamente se demuestra que las franquicias ofrecieron desde su origen la magnífica ventaja consistente en que una empresa puede ofrecer utilidades a terceros, expandiéndose para ello con capitales de múltiples fuentes, es decir, de los franquiciatarios, llegando a territorios que de otra manera sería prácticamente imposible llegar a conquistar.

El propio González Calvillo³ nos explica que en el año 1925, Howard Johnson inició un negocio de refrescos y helados con 500 dólares que obtuvo como préstamo. Años más tarde, el negocio había evolucionado hasta un par de restaurantes bastante exitoso con la característica singular de tener un techo naranja brillante. Los planes de expansión contemplaban el desarrollo de los negocios con capital propio. Sin embargo, la depresión de 1929 la obligó a cambiar sus planes, decisión que afectaría para siempre el negocio de la hotelería, así como el paisaje de las carreteras de Estados Unidos.

El señor Johnson necesitaba un socio franquiciatario, por lo que se dio a la tarea de convencer al dueño de un restaurante llamado Cape Cod, en el noreste de los Estados Unidos, de usar su nombre y de comprarle sus productos. Ambos prosperaron de forma tal que, para 1940, existían ya 100 restaurantes a lo largo de la costa este de Estados Unidos. El resto es historia, Howard Johnson se convirtió en una de la franquicias hoteleras más importantes de Estados Unidos.

El autor que hemos venido siguiendo para reseñar los antecedentes históricos de la franquicia, aporta uno de los elementos que mayor juego tendrán en el esquema de la presente tesis y que es el relativo a considerar a la franquicia como un concepto íntimamente ligado al concepto de "servicio"; es muy importante considerar que prácticamente todos los autores coinciden en el hecho de que no existen franquicias en las que no esté involucrada de una manera o de

³ Ibidem p. 43

otra la prestación de servicios, ya que aún y cuando se trate de una franquicia en la que el franquiciatario distribuya los productos del franquiciante, la prestación de los servicios que éste debe brindar al consumidor es uno de los aspectos de mayor significado en el concepto de franquicia.

El gran éxito que resultó de este sistema en sus primeros años provocó el gran boom después de la Segunda Guerra Mundial, fue una combinación de factores sociales, económicos, políticos, tecnológicos y legales que crearon el clima propicio para esta expansión. También de alguna manera contribuyó el regreso del combate de miles de hombres ambiciosos, con conocimientos básicos, con poca experiencia en la creación y dirección de empresas, pero con muchas ganas de establecer negocios propios.

"El crecimiento repentino de la población norteamericana, conocido como baby-boom, aunado al incremento generalizado del poder adquisitivo de los consumidores norteamericanos, generaron una fuerte demanda de una variada gama de productos".⁴ Otro factor importante que se dio fue la masiva migración de las granjas a las ciudades y suburbios y con esto se aceleró la demanda de servicios de apoyo.

El optimismo que imperaba en ese momento y el deseo de dejar atrás los días difíciles de la gran depresión y la guerra, crearon un esquema de consumismo que dio pie a la compra generalizada de todo

⁴ Ib. p. 35

tipo de bienes, entre las que figuró la de automóviles. Al incrementarse el número de autos, se hizo evidente la necesidad de una mayor infraestructura de carreteras y estacionamientos; ello impulsó la creación de centros comerciales o con amplio espacio para estacionamiento y con una nueva apariencia y funcionalidad. Estos nuevos centros comerciales originaron nuevas presiones y una férrea competencia con tiendas, hoteles, restaurantes y negocios tradicionales o familiares ubicados en los centros de las poblaciones y ciudades.

También los avances en la tecnología permitieron la creación y producción de nuevos productos y servicios, así como su ágil transportación y publicidad, etapa en la cual la introducción de la televisión fue factor trascendental. Dado lo anterior, la franquicia aparece como el medio ideal para distribuir cientos de nuevos productos que satisfacían las nuevas condiciones de negocios, así como la voraz demanda de los consumidores norteamericanos. Este sistema, además, resolvía los problemas de falta de capital en las empresas, de controles administrativos y de control de calidad de sus productos y servicios, asegurándose así que todo se producía de acuerdo con sus requerimientos.

Todo esto se encontró en un momento muy oportuno en el que se empezó a contar con apoyo importante como: a) el gobierno federal norteamericano, por medio de la Small Business Administration, que brindaba asesoría, así como estímulos financieros, b) una adecuada

estructura fiscal, c) la disposición de la comunidad financiera para prestar grandes sumas a franquiciantes y franquiciatarios. Franquicias con la más diversa gama de funciones abrieron sus puertas al público, como las de limpieza de drenaje, de empleados temporales, de hotelería, de comidas rápidas, de helados, etc.

Tal fue el boom, que de ser un sistema que materialmente se desconocía, años más tarde cientos de innovadores empresarios encontraron en la franquicia el sistema ideal que jamás imaginaron para ampliar sus negocios, una cantidad muy grande de vendedores de franquicias visitaban las más remotas ciudades y organizaban exposiciones en los hoteles más céntricos. Lo que empezó como un negocio pequeño y único, de pronto se convirtió, en más de un caso, en una cadena de tiendas para la comercialización de productos o servicios, con una sólida infraestructura de investigación de mercado, de análisis financiero y de publicidad.

Se dio el caso de que algunos segmentos de franquicias crecieron más que otros y para nosotros al día de hoy es fácil evaluar cuales de ellas son, ya que como consumidores, los nombres de algunas franquicias de comida rápida, los tenemos frescos en la mente por su clara denominación. Pero para los efectos de agrupación es muy importante especificar que el segmento de mayor crecimiento fue el de las franquicias con formato de negocio. Franquicias que casos distintos al de las concesionarias de autos, no produjeron dinero a la compañía por la venta de productos y accesorios, sino por la venta

de ideas, conceptos y formatos de operación de negocios de comprobado éxito.

La reseña que el autor citado nos refiere respecto al surgimiento del concepto de franquicia, destaca la manera en que el perfil comercial de la institución se fue delineando, pero aún no se le refiere históricamente como una institución jurídica o contrato, condición que posteriormente adquiere dada su amplia difusión y aplicación dentro del comercio.

Cabe entonces considerar, como una conclusión preliminar de ésta tesis, que la franquicia necesariamente tuvo que estar regulada, en sus inicios, por principios jurídicos que nutren a la legislación mercantil en su conjunto, observando los usos y costumbres comerciales de las diversas sociedades en que el fenómeno se fue gestando.

Esta consideración, que parecería meramente teórica, en el contexto general de esta investigación tiene un sentido práctico muy concreto, por que permite delinear el criterio de que la franquicia, como figura legal de novedosa existencia en nuestro medio, evidentemente contiene elementos propios a sistemas jurídicos de otros países, pero que no por ello resultan necesariamente incompatibles con nuestro sistema legal.

2. ANTECEDENTES RECIENTES.

Dentro de este estudio hemos podido analizar y darnos cuenta de que la introducción de las franquicias de formato de negocio ha sido el acontecimiento más importante en el mundo de la comercialización de productos y servicios en la segunda mitad de este siglo. En la década de los noventas se consolidará, sin duda, como la revolución en el mundo de los negocios.

"La aprobación en Estados Unidos del Lanham Act en 1946, fincó las bases para el desarrollo de las franquicias al codificar el derecho del dueño de una marca para establecer y exigir estándares de calidad a sus licenciatarios."⁵

Para el autor que hemos venido siguiendo otro aspecto importante que contribuye al crecimiento de esta figura, fue el éxito con el que los franquiciantes lograron comunicar sus experiencias y habilidades de los franquiciatarios por medio de un paquete o fórmula de fácil asimilación y puesta en práctica por personas que, en la mayoría de los casos, no tenían un grado parecido de conocimientos o educación en la materia.

En consecuencia, en la actualidad las franquicias que más conocemos son las que abrieron brecha. Entre las primeras compañías que otorgaron franquicias de formato de negocio podemos citar a Dunkin Donuts, Kentucky Fried Chicken, Midas Muffler, Holiday Inn, y Mc Donald's.

⁵ Asociación Internacional de Franquicias, citado por GONZALEZ CALVILLO, Op. Cit. p. 41

El Sr. Ray Kroc, fundador de Mc Donald's es reconocido a nivel mundial como uno de los fundadores y precursores más importantes de la franquicia de formato de negocio, según explica González Calvillo⁶, "comenzó su larga e interesante carrera de hombre de negocios como vendedor. Se dedicaba a asesorar a los que eran sus clientes en técnicas y sistemas para incrementar sus ventas, siempre y cuando esa venta adicional se reflejara en mayores pedidos de los productos que el vendía. En alguna ocasión le propuso la venta de malteadas para llevar a la tienda de autoservicio Walgreen's, cuando el concepto era totalmente innovador, en los días en que el se dedicaba a la venta de vasos desechables."

De esta manera, años más tarde encontró en algunas franquicias como Dairy Queen y Tastee-Freeze a estupendos clientes para un equipo, el multimixers, que entonces vendía, con el que se preparaban cinco malteadas al mismo tiempo. En su empeño por buscar a potenciales compradores, se enteró que un pequeño restaurante de hamburguesas había ordenado ocho multimixers. Kroc tuvo la curiosidad de ir a San Bernardino, California, para ver el único restaurante de esta naturaleza que tenía un volumen de clientes para justificar la compra de multimixers, es decir para servir 40 malteadas a la vez. Para Kroc a primera vista le pareció otro restaurante más, pero resultó ser el generador de dinero más eficiente que el jamás había visto, por el

⁶ Ib. p. 48

altísimo volumen de clientes que atendía. Para Kroc el éxito del Mc Donald's de San Bernardino se debe a lo siguiente:

- a) Calidad permanente de sus productos día tras día por medio de un proceso de operación muy eficiente, aunado a un menú fijo. Ello se traducía en una comida confiable para el consumidor.
- b) Baños limpios para los vendedores y demás viajeros o paseantes.
- c) Ventanillas para atención directa a clientes, las cuales aseguraban la efectiva rotación de los mismos y eficiencia operacional.

El Sr. Kroc fue con los hermanos Maurice y Richard Mc Donald dueños y fundadores del restaurante y después de varias pláticas, Kroc los convenció de los beneficios económicos que les aportaría una expansión nacional. Los hermanos Mc Donald accedieron a ampliar su negocio, aunque parte del trato era que Kroc sería el responsable de las franquicias a cambio de la mitad de los ingresos que se obtuvieran. A pesar de que con esto Kroc adquiría responsabilidades de alto riesgo, Kroc vio en ésta la oportunidad que siempre buscó de hacerse de mucho dinero.

Lo primero que se hizo fue la construcción y puesta en marcha de la unidad piloto en Des Plaines, Illinois, con el objetivo de redefinir e incrementar la eficiencia del negocio, donde se pudieran experimentar nuevos conceptos y al mismo tiempo crear un récord de ventas para los

futuros franquiciatarios. En este caso Kroc empezó a trabajar con un esquema operacional que, desde su fundación en 1948, se manejaba en una forma eficiente. Con una gran dedicación encontró procesos para mejorar áreas de operación que generaban pequeños desperdicios, que de centavo en centavo, a la larga ahorraron muchos dólares.

Empezó a desarrollar especificaciones y guías operacionales para posteriores franquicias. Desde la estandarización del tiempo de servicio de una comida promedio y el peso preciso de la carne de hamburguesa (1.6 onzas con un máximo de 19% de grasa), hasta el almacenaje de los bimbollos para su perfecta viscosidad, pasando por la laboriosísima tarea de igualar en condiciones artificiales la receta y la calidad de las papas fritas de los hermanos Mc Donald, que dependía de las condiciones climatológicas desérticas de San Bernardino.

Esta pequeña pero a la vez gran historia se ha centrado más en Kroc que en los hermanos Mc Donald, puesto que sin saberlo, Kroc hizo mucho más que lograr eficiencia y desarrollar especificaciones de un negocio exitoso: se convirtió en el creador de las franquicias con formato de negocio. De esto se desprende que, no importa que tan bueno o malo sea un concepto: sino el debido formato de negocio que le permita a un tercero operar de forma eficaz y uniforme un negocio específico, no hay razones para suponer que no tendrá éxito, tanto para el franquiciante como para el franquiciatario.

Kroc introdujo conceptos de uniformidad o estandarización de producto que jamás se habían usado. Y también fue el primero en usar las técnicas de producción industrial en serie en el área de servicios. A partir de este momento se podría montar negocios que anteriormente eran hechos a la medida y operados con una baja rentabilidad y eficiencia, y convertirlos en partes pequeñas e idénticas de una gran empresa.

Muchos afirman que Kroc es a la industria de los servicios lo que Ford fue a la industria automotriz, ya que fue el quien vitalizó a esta industria en Estados Unidos. A partir de Ray Kroc el consumidor pudo acceder a servicios que anteriormente fueron considerados como lujos, como el caso de las lavanderías y agencias de viajes.

Como se pudo observar en este relato, el Sr. Kroc fue una persona muy importante en la vida de los negocios de los hermanos Mc Donald, puesto que significó para ellos innovaciones y también muchos millones de dólares; ya que para el año de 1959 existían 100 restaurantes franquiciados y para finales de los ochentas más de diez mil.

Se puede decir que es una franquicia de las más importantes en el mundo, pues cuenta con operaciones en más de 52 países, con un presupuesto de publicidad que difícilmente otra compañía iguala y con más puntos de venta que cualquier otro comercio en el mundo.

La siguiente es una tabla que contiene información sobre el desarrollo de las franquicias en Estados Unidos por sectores.⁷

INDUSTRIA	VENTAS (EN BILLONES DE DOLARES)		CRECIMIENTO ANUAL (%)
	1985	1990	
Restaurantes todo tipo	48.9	86.1	12.0
Menudeo (ropa, videos, etc.)	18.8	33.6	12.3
Hotelería	14.6	22.5	9.0
Tiendas de conveniencia*	12.3	19.4	9.5
Servicios a negocios	12.1	21.3	12.0
Servicios y productos automotrices	10.6	15.9	8.5
Comida (helados, etc.)	10.4	15.9	7.0
Servicios de renta (autos)	5.3	8.9	11.0
Servicios de construcción y del hogar	3.7	9.2	20.0
Entretenimiento y viajes	1.8	6.6	29.0
TOTAL	138.5	238.1	11.5

* Tiendas de conveniencia son locales donde el consumidor puede hacer compras prácticamente a cualquier hora para comprar productos de primera necesidad.

La historia que el autor nos reseña sobre el caso de Mc Donald's, es muy ilustrativo de la forma en que las franquicias se desarrollaron como institución hasta lograr una configuración moderna.

Es importante destacar que, a pesar de ello, el concepto y la insti-

⁷ "Blue Print for Franchising a Business", citado por González Calvillo, Op. Cit. p. 32.

tución de franquicia, como se observa de su mismo historial, se encuentran en constante evolución, ya que el comercio mismo le imprime la dinámica de los cambios y alternativas que la economía plantea constantemente.

Uno de los aspectos que en mi opinión son mas interesantes de la evolución de la institución de la franquicia, es la forma en que la misma ha desbordado las fronteras de un país para arribar a los territorios de otros, sin perder las características que han definido su estructura y funcionamiento.

Sin embargo, es evidente que cuando el concepto de franquicia se introduce y confronta al esquema jurídico de un país, se deban aceptar ciertas modificaciones que le permitan adaptarse a las exigencias propias de ese sistema.

Dentro de los objetivos primordiales de este trabajo se encuentra, precisamente, el de determinar hasta que punto la institución de la franquicia, en su versión internacional, resulta compatible con nuestro sistema jurídico y como, en su caso, las medidas que desde mi punto de vista seria recomendable observar para que dicha figura sea regulada adecuadamente en México.

Observamos que en los últimos años en Estados Unidos se han caracterizado por el crecimiento en términos de volumen de franquicias que operan por industria, así como en términos del número de industrias que funcionan dentro del marco de las franquicias. De

tal forma que, al día de hoy se calculan más de 500,000 los establecimientos que operan bajo el sistema de franquicias en Estados Unidos, que abarcan más de 40 industrias distintas con una clara tendencia sobre el sector de servicios.

Este crecimiento tan grande está totalmente reflejado en el crecimiento de las franquicias con formato de negocio o de tercera generación, de las cuales sus ventas durante los últimos 10 años han tenido aumentos del 10% (tasa compuesta anual). Sus ventas totales cubren ya un poco más de la tercera parte de todas las ventas al menudeo en el mercado americano que equivale al 15% del producto nacional bruto de Estados Unidos, y emplea, hoy por hoy, a más de 7.3 millones de personas.

Definitivamente una medida clara del desarrollo de las franquicias en Estados Unidos ha sido el gran apoyo del gobierno de ese país. El Departamento de Comercio, además de publicar sus encuestas e investigaciones anuales, así como su completísima guía de oportunidades: Franchise Opportunities Handbook, ha sido muy activo en la promoción de las franquicias con formato de negocios. Por medio de la Small Business Administration provee asesoría, seminarios y apoyo financiero a los franquiciatarios.

El Minority Business Development Agency ha aportado apoyos importantes para que las llamadas minorías étnicas y las mujeres tengan la oportunidad de emprender su propio negocio. Este tipo de apoyos a las minorías también se lleva a cabo a nivel estatal con

programas muy variados que impulsan el crecimiento de negocios que operen a través del sistema de franquicias, de tal forma que incrementan los empleos y el bienestar general de las comunidades.

A continuación exponemos una tabla⁸ para darnos idea de la diversidad y el grado de desarrollo de las franquicias de servicios que se han desarrollado en Estados Unidos en esa área.

SERVICIOS Y NEGOCIOS.

NOMBRE	PRODUCTO Y SERVICIO
Debit One Mobile Accounting	Servicios contables
International Merger and Acquisitions	Consultoría y financiamiento para compras y uniones de compañías.
Corporate Investment Business Brokers	Corredores de negocios.
Communications World	Equipo de comunicación para oficina.
Dunhill Personnel System	Recursos humanos y servicios temporales.
Management Recruiters	Colocación de personal y servicios generales de reclutamiento.
Pilot Air Freight	Transportación aérea de paquetes.
Mifax-Yourtown	Servicio de cobranza de servicios médicos.
Medical Personnel Pool	Personal para enfermería y cuidado de la salud en el hogar.
Recognition Express	Productos para motivación y reconocimiento de los empleados.

⁸ Idem p. 27

Foliage Design Systems	Servicio de instalación y mantenimiento de plantas decorativas.
Barter Exchange	Servicio computarizado de intercambio.
Clentech Acoustic Clean	Servicios de limpieza de alfombras y persianas.
Jani-King	Servicios de limpieza.
Uniclean Systems	Mantenimiento de edificios y servicios de limpieza.
Duraclean International	Limpieza y restauración de alfombras y persianas
College Pro Painters	Servicio de pintura de residencias.
Spring-Green Lawn Care	Servicio de cuidado para jardines.
Dip-N Strip	Tapizado de mueble y esmaltes de baños.
Merry Maids	Servicio profesional de limpieza.
Roto Rooter	Servicio de limpieza de drenaje.
Pets Are Inn	Entrenamiento de mascotas.
H&R Block	Preparación de impuestos.
Duds N Suds	Centro de lavandería.
Gymboree	Centro de desarrollo y juego.

Cabe mencionar en este tema que algunas compañías franquiciantes en el mercado norteamericano también ofrecen programas de contratación y financiamiento para integrantes de las minorías. Con ello estas compañías, que en su mayoría ya son grandes cadenas, crean más oportunidades de trabajo para estos grupos y cubren zonas donde las minorías predominan, con lo cual incrementan su participación en el mercado y además mejoran su imagen ante el público en general y las autoridades.

Un organismo de importancia que dado ha apoyo ha sido la Asociación Internacional de Franquicias (IFA), fundada en 1960 por William Rosenburg creador de Dunkin Donuts, ubicada en Washington D.C. La más importante responsabilidad de la Asociación ha sido representar los intereses de las compañías de franquicias ante el Congreso de Estados Unidos, impidiendo de esta manera la promulgación de leyes que pudiera obstruir el crecimiento y desarrollo de las franquicias en ese país.

Cabe destacar que la Asociación Internacional de Franquicias, es sin duda, la más importante y con un mayor número de miembros a nivel mundial. La IFA instituyó un programa de representantes (representatives program) que consiste en valerse de representantes en los países más importantes del mundo para monitorear los acontecimientos más importantes en el área de franquicias en el mundo.

"Dentro de los siguientes 20 años se espera en Estados Unidos una clara tendencia de crecimiento, lo que confirma que el negocio de las franquicias se podrá seguir considerando como una industria joven. No es sino en el mediano plazo, cuando los mercados estén aún más saturados, que se esperan que la franquicia pase a ocupar un papel secundario en la modernización del comercio en ese país. De hecho, el Departamento de Comercio Americano estima que, para el año 2000, la mitad de las ventas de menudeo se llevarán a cabo por medio de fran-

quicias, lo cual equivaldría a más de 20% del producto nacional bruto norteamericano".⁹

Han pronosticado un crecimiento del número de negocios e industrias que otorguen franquicias. Este crecimiento será más marcado en el sector de los servicios, de acuerdo con las tendencias sociológicas y demográficas del mercado norteamericano. Específicamente los servicios de conveniencia, así como de recreación (entretenimiento y viajes) tendrán un especial auge basado en su rápido crecimiento de los últimos años.

Se ha observado que el consumidor norteamericano es cada día más exigente y demanda servicios y productos de una calidad cada vez más alta. La teoría es que, al manejar un menor número de productos en las franquicias, la capacitación por franquiciatario o empleado es más específica y está más de acuerdo con las necesidades del consumidor, lo cual garantiza la satisfacción total del mismo.

Como se puede apreciar por los números, casos y estadísticas citados en esta tesis, la expansión y difusión del fenómeno de franquicias en los últimos años ha desbordado la esfera privativa de los agentes económicos directamente involucrados para tener efectos sumamente importantes en la economía de una región o un país, hasta el punto de representar un importante indicador económico.

⁹ THE MAIBITT GROUP. International Franchise Associatio, the Future Franchising: Looking 25 Years Ahead to the year 2010, Washington, D.C., p.27

Esa es una de las razones que justifica que jurídicamente se conceda a la institución de la franquicia una atención de la máxima jerarquía.

3. SITUACION DE LA FRANQUICIA EN DIVERSOS PAISES.

La expansión que se ha experimentado en el terreno de las franquicias en otros países no ha sido menos impresionante que en los Estados Unidos, aunque, como es lógico, cualquier comparación es necia; en ningún país del mundo se han desarrollado con tanta fuerza las franquicias como en Estados Unidos. En todo caso, resulta de gran interés analizar lo que ha pasado en otros países.

La internacionalización de las franquicias, según González Calvillo¹⁰, empezó a producirse en la década de los sesenta. Para 1971, habían ya 156 franquicias norteamericanas operando con 3365 unidades fuera de Estados Unidos. En la actualidad se cuenta con más de 400 compañías norteamericanas que otorgan franquicias fuera del mercado estadounidense, la mayoría de ellas están localizadas en Canadá, Japón, el Reino Unido, Francia, Italia y Australia.

Afortunadamente, existen negocios exitosos en todo el mundo, que además de convertirse en las grandes cadenas locales, se han transformado en franquicias multinacionales y que, en algunos casos, ya exportan su concepto y formulas de éxito a nivel internacional.

¹⁰ GONZALEZ CALVILLO, Enrique y Rodrigo, Ob. Cit. p. 56

Esta tendencia a la internacionalización y la exportación de franquicias será cada vez más clara y lógica. Se facilitan las condiciones para exportar una franquicia principalmente por la globalización de los mercados, la interrelación de los países y la creación de zonas de libre comercio. De esta forma las marcas, los conceptos y las grandes ideas llegan a los demás países con mucha mayor velocidad, agilizando el "aterrizaje" y la promoción a nivel mundial de una franquicia extranjera. De hecho, en muchos casos, se da que los mercados demandan cientos de franquicias antes de que lleguen a sus países o se publiciten en sus localidades.

Además, y como consecuencia de la globalización de los mercados, se han ido uniformando las necesidades y los hábitos de los consumidores a nivel mundial. Por otra parte, la probabilidad de error en la introducción de una franquicia a un nuevo mercado, tiende a reducirse con el apoyo de cuidadosas investigaciones de mercado, que además identifican la necesidad de modificar o analizar el concepto original, lo cual asegura su mejor introducción al mercado o "aterrizaje".

Uno de los casos más palpables de la internacionalización y el rompimiento de las barreras tradicionales y los patrones del pasado es la entrada de Mc Donald's a la Unión Soviética y la de Kentucky Fried Chicken a Japón.

En el caso de Mc Donald's se ha dado un fenómeno muy especial como lo hemos comentado con anterioridad y para llegar a la Unión soviética

se llevaron 12 años de negociaciones intensas para hacer de la Unión Soviética el país número 52 en aceptar su modelo de franquicia. La aceptación final de las autoridades soviéticas es una muestra clara del alcance de la apertura que se lleva a cabo en ese país, que para muchos era considerado la última frontera de las franquicias. El caso de Kentucky Fried Chicken fue bastante distinto en cuanto a que el negocio se cerró en tan sólo cuatro meses de negociaciones, que empezaron en agosto de 1986. El interés de las autoridades chinas en este caso era el de importar un concepto y un sistema de negocios: eficiencia y técnica más que unos pollos empanizados. Con ello se abrió la primera cadena de comida rápida en China y el más grande de los 7400 Kentucky Fried Chicken del mundo.

A continuación analizaremos algunos de los países donde se han constituido franquicias con gran éxito.

Resulta muy interesante, en el esquema de la presente tesis conocer el proceso que progresivamente han tenido las franquicias norteamericanas en su expansión hacia otros territorios, ya que permite dimensionar la proyección que las franquicias pueden seguir teniendo en el futuro, ya que muchos países aún no se incorporan de lleno al proceso de franquicias.

En este sentido, considero que México cuenta con una excelente oportunidad para convertirse en generador y exportador de franquicias en el futuro y no solamente en importador de las mismas, como hasta ahora ha venido sucediendo.

A) CANADA.

Canadá ha representado un importante mercado para las franquicias estadounidenses. De hecho se ha convertido en el país con mayor número de franquicias de tercera generación originales de Estados Unidos. Esto se debe a que, a pesar de su propia identidad como país independiente, Canadá se presenta como una extensión del mercado norteamericano por su similitud, cultura e idioma.

De estas franquicias estadounidenses que operan en Canadá, las de mayor importancia son la de comida rápida, restaurantes y las de servicios en general. De la misma forma, franquicias europeas y japonesas han sido bien acogidas en el mercado canadiense.

Por lo que se refiere a desarrollo de franquicias Canadá también tiene lo suyo que además se han desenvuelto a una buena velocidad. De hecho, algunos franquiciantes canadienses como Uniglobe Travel ya exportan sus conceptos al exterior y tal parece que la tendencia a la exportación ya es irreversible, especialmente hacia Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Bélgica, Japón, Singapur, Australia, Nueva Zelanda y el Caribe.

"De acuerdo con la Asociación de Franquiciantes Canadiense (ACF), el volumen de ventas alcanzado por los negocios que operan mediante el sistema de franquicias, ha crecido 13% anual en la década de los ochenta".¹¹ El gobierno canadiense ha sido muy importante para la fi-

¹¹ Idem p. 48

gura de la franquicia ya que apoya el sistema de franquicias, pero sobre todo a los negocios con capacidad de expansión hacia otros mercados, para así balancear el déficit de pagos originado por el alto número de franquicias extranjeras que allí funcionan. Ha sido de mucha utilidad el que provea paquetes informativos, seminarios y asesoría a franquiciantes y franquiciatarios por medio del Ministerio de Industria y Comercio.

Otro aspecto importante que ha ayudado al desarrollo de las franquicias en Canadá es el que los bancos canadienses son muestra clara de la madurez de este mercado ya que los cinco más grandes, así como la mayoría de los medianos y chicos, tienen programas de franquicias. Esta confianza del medio financiero es el mejor termómetro del nivel del riesgo de una industria y es el resultado de un bajo porcentaje de los fracasos de los negocios de franquicias en los que han participado¹².

B) JAPON.

Japón ha sido un país dispuesto a asimilar conceptos occidentales y a implantarlos con mucho éxito. Ello se repitió en el caso de las franquicias de tercera generación y las franquicias norteamericanas en general.

¹² CHERTO, Marcelo, "FRANCHISING, REVOLUCAO NO MARKETING", 3ª Ed., Editorial Mc Graw Hill, Sao Paulo, Brasil, 1989, p. 23.

Las grandes diferencias culturales y de idioma que representa el mercado japonés fueron de menos peso para las compañías extranjeras comparadas con sus características de densidad demográfica, así como de poder adquisitivo per capita, condiciones que lo hacen un mercado ideal para la venta al menudeo. De tal forma fue que en 1965 Japón contaba apenas con siete franquicias y, para 1982, tenía ya 408, de las cuales 15 $\frac{1}{2}$ (62 franquicias) eran estadounidenses y vendían a través de 4990 tiendas.

En 1987 existían no menos de 600 reues comerciales de clara dominación norteamericana. La mayoría de estas compañías entraron por medio de franquicias maestras. Como en otros países las franquicias estadounidenses de más rápida aceptación han sido las de comida rápida y restaurantes, seguidas de tiendas de menudeo en general, venta de vehículos, etcétera.

Cabe destacar que las franquicias en Japón han requerido un esfuerzo de tropicalización, es. decir, adaptación al gusto del mercado japonés, que con el paso del tiempo va cambiando hasta llegar a la esencia de la franquicia.

La Asociación Japonesa de Franquicias, fundada en 1972, centraliza la información referente a la industria, establece los estándares éticos a seguir y maneja la relación con el Ministerio de Comercio Internacional y con la administración de negocios pequeños, organismos del gobierno japonés que muestran un creciente interés en la industria.

Cabe destacar, para mayor claridad en la exposición de la presente tesis, el significado completo que los autores asignan al término "tropicalización de las franquicias", ya que dicha expresión tiene un significado concreto que es muy usado en este campo.

Aunque el surgimiento del término aludía al tipo de ajustes que era necesario realizar en los aspectos comerciales y jurídicos de una franquicia que se exportaba hacia países culturalmente muy contrastantes con el de origen, la expresión ahora se utiliza para referirse, en todos los casos, a la adaptación de una franquicia a las condiciones existentes en otro país, aún y cuando no presenten diferencias culturales tan notorias.

En el comentario que el autor realiza sobre el caso de Japón, es importante considerar que a pesar de las peculiaridades de la cultura de ese país, y de las diferencias que su legislación manifiesta respecto de la norteamericana desde hace varias décadas, esa cultura ha manifestado una gran aceptación por los valores y las instituciones occidentales, lo que desde luego facilitó el establecimiento y desarrollo de franquicias.

C) AUSTRALIA.

Australia ha sido un país que ha atraído a un gran número de franquiciantes norteamericanos que, como en otros países, fueron encabezados por las grandes cadenas de comida rápida. Como en México, la entrada de estos grandes grupos, que incluyen a Mc Donald's (desde

principios de los setenta), Kentucky Fried Chiken, Pizza Hut, Computerland, Midas Muffler y 7-Eleven, motivó a los empresarios locales e inversionistas a otorgar franquicias de sus negocios y a buscar franquicias donde invertir.

El australiano es un mercado del cual no se tiene mucha información precisa, lo cual dificulta la medición exacta de la importancia y/o crecimiento del mismo. De cualquier forma se estima que este mercado es porcentualmente uno de los más grandes del mundo y que seguirá experimentando un claro crecimiento.

En 1983 se fundó en Australia la Asociación de Franquiciantes, que participa activamente en este mercado.

También es importante comentar el gran empuje que le dio el medio bancario y financiero en general a la industria de las franquicias. La Westpac Banking Corp. (banco líder australiano) creó un paquete de financiamiento y atención específica para franquiciatarios que fue producto de cuidadosos estudios que confirmaban el menor nivel de riesgo involucrados en estos esquemas. Este tipo de paquetes fueron posteriormente utilizados por el resto de la industria, lo cual facilitó el desarrollo de las franquicias¹³.

D) COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA.

Los países miembros de este grupo (Alemania, Bélgica, Dinamarca, Es-

¹³ GONZALEZ CALVILLO, Enrique y Rodrigo, Ob. Cit. p. 55

paña, Francia, Portugal, Holanda, Irlanda, Irlanda del Norte, Italia, Luxemburgo y Reino Unido) muestran un generalizado crecimiento en materia de franquicias, sin embargo, como en algunos otros países, existe una notable falta de información confiable y específica sobre el tema, además de que la poca que hay es incoherente respecto de lo que informan las asociaciones nacionales de los países de la Comunidad.

Una de las pocas fuentes confiables que existen fue la recopilada por el consultor en franquicias de Brasil, Marcelo Cherto, en su libro *Franchising; Revaluacao No Marketing*, primer libro sobre el tema editado en lengua portuguesa.

Otra manifestación clara del crecimiento que se ha desarrollado en Europa de las franquicias como método de distribución es el nacimiento y expansión de franquicias en estas regiones, como por ejemplo el caso de Benetton que opera en un sistema de cuasi tercera generación, o sea de formato de negocio, con más de 200 negocios en Estados Unidos y muchos otros en el resto del mundo.

Otros ejemplos son Yves Rocher, Phildar y Pronuptia, de Francia; Portas de Alemania; y Printaprint, del Reino Unido.

En la tabla siguiente se citan algunos datos de interés sobre los países mencionados¹⁴.

¹⁴ CHERTO, Marcelo, p. 29.

País	Número de Franquiciantes	Número de Franquicias

Alemania Occidental (1)	259	18,000
Bélgica (2)	72	3,035
España (2)	90	8,200
Francia (2)	456	19,687
Holanda (2)	216	6,747
Italia (2)	79	8,024
Noruega (3)	65	
Reino Unido (2)	348	20,000
Suecia (3)	36	

(1) Estimado de 1983.

(2) Datos referentes a 1985.

(3) No se dispone de número de franquicias.

Se puede mencionar que existen problemas de medición y estadística de las franquicias en Europa; pero esto se debe a la falta de organiza-

ción y legislación de los países en materia de franquicias. De hecho en el Tratado de Roma no existen previsiones especiales con excepción de los Artículos 85 y 86, que tengan alguna relación con las franquicias. Al parecer, las mismas asociaciones locales prefieren operar mediante un esquema de autorregulación.

Existe la Federación Europea de Franquicias (EFF) que agrupa a las asociaciones nacionales de los siguientes países: Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Italia, Holanda, Noruega, Suecia, Suiza y el Reino Unido. Su principal objetivo es proveer a las asociaciones locales de los países miembros, de un acceso colectivo y de mayor fuerza a la comisión Europea, entidad responsable de regular los asuntos comerciales de la Comunidad Económica Europea. Asimismo, la EFF ha establecido un código de ética y tiene acceso al Comité de Comercio y Distribución de la Comunidad Económica Europea, así como al comité de Liason de la Distribución (organismo no oficial, pero de gran importancia en cuanto a la distribución de productos en Europa).

Es necesario destacar en el contexto de la Comunidad Económica Europea, la importancia que ha tenido el Reino Unido en cuanto a su desarrollo en franquicias. Su primera franquicia de formato de negocio fue implantada en 1955. Este es el caso de Wimpy, franquicia originaria de los Estados Unidos, que tuvo un tremendo desarrollo en el Reino Unido y que a la fecha cuenta con no menos de 400 restaurantes. Otro de los primeros casos exitosos es el de Service Master que funciona con éxito desde 1959.

En el Reino Unido las franquicias de comidas rápidas son las que han tenido mayor acogida, mientras que las de tercera generación o formato de negocio son menos importantes.

La Asociación Británica de Franquicias se fundó en 1977 con ocho empresas y al día de hoy ha registrado más de 50 industrias con un notorio crecimiento en el área de restaurantes y servicios varios.

Por último, es importante mencionar que en esta década se espera un tremendo crecimiento en algunos otros países europeos, que se presentan como mercados potenciales por su poca explotación en materia de franquicias y que además cuentan con alto poder adquisitivo. Además, estos países tienen una gran ventaja, están muy bien intercomunicados, lo cual facilita la entrada y salida de las franquicias más exitosas, como por ejemplo los casos de Francia, España e Italia.

E) BRASIL.

El caso brasileño es, sin duda, uno de los más interesantes y del cual se puede aprender en México y América Latina. Las franquicias en Brasil surgieron de una forma muy distinta a la de los demás países que importaron sus primeras franquicias de Estados Unidos. Las franquicias extranjeras fueron desalentadas a entrar en este voluminoso mercado por los controles de divisas que restringen la salida de regalías y dividendos. Por ello se produjo un fenómeno parecido al del mercado norteamericano de la posguerra, en el que,

ante la falta de tecnología del exterior, los brasileños desarrollaron la propia.

A mediados de los años cincuenta, Brasil ya contaba con varios franquiciantes que operaban de acuerdo con esquemas de primera generación, o sea de formato de marca y producto. Actualmente, Brasil cuenta ya con 430 franquicias de alta complejidad y de las cuales solo 10% son de origen extranjero.

Pero el gran boom de las franquicias en este país se produjo a mediados de la década pasada después de un crecimiento muy paulatino. Recordemos que la economía brasileña es, a la fecha, a pesar de los reveses sufridos, la número ocho del mundo, en gran parte debido al espectacular crecimiento que experimentó en los setentas.

Este boom no se produjo sólo en de volumen, sino también en cuanto a la calidad y tecnología de las franquicias locales, lo cual habla de la madurez de este mercado. Nos referimos a la transformación vertiginosa de las franquicias brasileñas, que pasaron de operar con tecnología de primera generación a operar con formatos de segunda y tercera generación, o sea con formato de negocio. Según el Instituto Brasileño de Franchising, en 1988, el 72% de las franquicias brasileñas eran de primera generación, el 21% de segunda y el 9% de tercera. En su última investigación, realizada a finales de 1990, se detecto que la composición era en 21% de primera generación, 63% de segunda y 16% de tercera.

Ya existen franquicias brasileñas fuera de su territorio. Algunas en Estados Unidos, otras en Portugal, Japón, Unión Soviética y, no sorprendentemente en México. La mayoría de estas franquicias son del ramo alimentario, representadas por las llamadas "churrasquerías", además de algunas en el ramo del vestido y de una en específico en el negocio del agua de colonia natural, "O'Boticario", la franquicia más reconocida en Brasil.

En cuanto a las franquicias brasileñas en nuestro país, es interesante decir que para los brasileños, México tiene una mayor afinidad con su país en cuanto a la identidad en cuestiones culturales, ideológicas, y por que no, para los brasileños, México constituye un trampolín de las franquicias brasileñas hacia el mercado norteamericano, de esta forma los brasileños ven la plaza de México como un punto de expansión para sus franquicias.

Las dos franquicias 100% brasileñas que ya ingresaron al mercado mexicano son Ellus, en ropa de moda, y Porcao, una de las churrasquerías líderes del Brasil, la cual fue traída a México por Empresarios en Gastronomía, una de las empresas más importantes en el ramo restaurantero y de las que más conocen de franquicias en nuestro país.

La Asociación Brasileña de Franquicias (ABF) fue fundada a mediados de 1987 en Sao Paulo. Su principal objetivo es educativo, ya que intenta divulgar en Brasil las ventajas del sistema de franquicias para los franquiciantes, franquiciatarios y los consumidores en gene-

ral. La Asociación representa los intereses de sus miembros y se ha preocupado por mantener un intercambio constante de información. Además ha establecido un código de ética que intenta garantizar la mayor seriedad y profesionalismo en este tipo de operaciones.

El Ministerio de Industria y Comercio empieza a dar signos de interés y apoyo a la industria por medio del Centro Brasileño de Apoyo a la Pequeña y Mediana Empresa, que junto con ABF ha organizado seminarios, y ha lanzado libros y material educativo sobre el tema distribuyéndolos en universidades, asociaciones comerciales y a cualquier interesado en general. Tales el caso de la publicidad denominada Franchising: una estrategia de Marketing e Distribucao, cuyo titulo en español "Sistema de Franquicias, Una Nueva Oportunidad de Negocio", pudiera serles conocido por haber sido publicado sin autorización en nuestro país en 1989. El autor de la mayoría de estos materiales es Marcus Rizzo, quien con Marcelo Cherto, deben ser considerados como autoridades en el desarrollo de franquicias en Brasil y América Latina¹⁵.

Dado los objetivos de esta tesis, es muy interesante conocer la forma en que el fenómeno de las franquicias fue introducido en diversos países, pero resulta especialmente interesante conocer el caso de países como Brasil, que por coincidencias geográficas, culturales y económicas presenta notables similitudes con el nuestro.

¹⁵ GONZALES CALVILLO, Enrique y Rodrigo, Ob. Cit. p. 62

De hecho, como sabemos, actualmente los países Latinoamericanos dado las coincidencias que los identifican, suelen observar políticas y planes de gobierno muy semejantes, y no es raro el caso de que un país adopte de manera casi total las medidas y estrategias de sus países vecinos.

En el caso de Brasil el crecimiento de las franquicias ha sido muy fructífero en los últimos años, por lo que su legislación ha evolucionado en este tema como resultado de los conflictos, experiencias y necesidades de la sociedad de ese país, por lo que sin duda constituye un punto de referencia para nosotros.

F) MEXICO.

México se mantuvo por años ajeno al desarrollo explosivo que la franquicia alcanzó durante las últimas dos décadas a nivel mundial y, sin embargo, podemos decir que la franquicia es hoy, en nuestro país, uno de los sectores del comercio que registran un mayor crecimiento.

En primer lugar, es importante decir que, al hablar de un pasado de la franquicia en México, no es pretender ir más allá de 1980, toda vez que los primeros casos de franquicia en México se conocieron en los inicios de esa década. También, en virtud de que fue precisamente en 1982 cuando se promulgó la Ley de Transferencia de Tecnología, y a la que en buena parte, podemos atribuirle que la franquicia no haya podido desarrollarse en nuestro país sino hasta finales de los ochentas.

Teniendo en cuenta que los antecedentes de la franquicia son, en el caso de México, sumamente recientes, al referirnos a la historia de la franquicia en México, resulta imposible no hacer alusión, al caso de Mc Donald's, ya que ha sido una franquicia de éxito en nuestro país, podríamos decir que Mc Donald's abrió el paso a otras franquicias extranjeras al mercado mexicano. También podría decirse que, a pesar de no ser, ni con mucho la única franquicia que opera bajo un formato de negocio en el mundo, su éxito en México le ha dado mucho que pensar a hombres de negocios y empresarios que no tenían idea acerca de franquicias y de lo que podría esperarse de su futuro desarrollo en México.

México en los años ochenta atravesaba por un momento difícil en cuanto a su economía se refiere. Para 1982 asume la presidencia el Lic. Miguel De La Madrid Hurtado, pero antes de que eso sucediera, precisamente el 1 de septiembre de ese año, se produjeron una serie de acontecimientos que pusieron a México y a su economía al borde de un colapso de dimensiones extraordinarias: se nacionalizó la banca, se impuso un decreto de control de cambios por primera vez en nuestro país y se suspendió el pago de la deuda externa al registrar al banco central uno de los índices de reserva internacional más bajo de su historia reciente.

Y fue en esta época en que Mc Donald's tomó la decisión de entrar a nuestro país caracterizada. En primer término celebró contratos de franquicia con Saul Kahan y Diego Zorrilla respecto de las dos prime-

ras unidades que se abrirán en las ciudades de México y Monterrey. El primer Mc Donald's fue abierto por Saul Kahan en noviembre de 1985. Antes de la apertura de dichos restaurantes, Mc Donald's hubo de obtener la aprobación y registro de sus contratos ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología, lo cual representó un trámite un tanto difícil y complicado. Recordemos que se trataba del registro de los primeros contratos de franquicia en la historia de nuestro país, y por tanto se dificultaba el desarrollo de éstos.

Para que la aprobación y registro de los contratos fuera posible, las autoridades le impusieron a Mc Donald's una serie interminable de compromisos. Lo más importante es que, para que las autoridades pudieran aprobar y ordenar el registro de los contratos, fue necesario que éstas entendieran lo que es una franquicia y las diferencias básicas, que existen entre este tipo de contratos y los que tradicionalmente se habían sometido para su aprobación y registro en el pasado.

Con todo esto, se pudo sentar la base más firme para la aprobación y registro de proyectos posteriores en los cuales llevaran un contrato de ese tipo; ya que en la Dirección General de Transferencia de Tecnología estaban acostumbrados a estudiar para su aprobación contratos de licencia de marcas o de asistencia técnica que no rebasaban más de 16 cuartillas, y los contratos de franquicia que se presentan cuentan con más de 50 hojas, esto provocó asombro, pero co-

mo se dijo anteriormente, se sentó una base para su estudio y de tal forma ya no se confundía tan fácilmente con otras figuras afines.

Ya que fueron abiertas las primeras unidades, se notificó a Estados Unidos que Mc Donald's ya estaba en México. Justo cuando todos los ojos estaban sobre el acontecimiento de la apertura y operación del primer restaurante Mc Donald's en la Ciudad de México, sobrevino en forma por demás desafortunada una huelga que duró más de 30 días. Curiosamente, fue la CROC (Confederación Revolucionaria de Obreros y Campesinos) la organización obrera que llevó a cabo dicha huelga; lo curioso, fue que el nombre de dicha central obrera, CROC, es casi idéntico al del fundador de Mc Donald's, Ray Kroc, y a quien como se mencionó anteriormente, se le reconoce como a uno de los precursores de la franquicia a nivel mundial.

Así fue como, con el ingreso de Mc Donald's y de otras importantes franquicias norteamericanas entre las que figuran Howard Johnson, TGI Friday's y Fuddruckers, se marcó a finales de 1987 el inicio de lo que, en los años posteriores, sería la explosión de las franquicias extranjeras en México.

En 1988, se llevo a cabo la primera conferencia sobre franquicias en México. La conferencia estuvo a cargo de la Cámara Americana de Comercio (American Chamber of Commerce of México, A.C.) en Guadalajara. El evento, atrajo casi a 100 hombres de negocios, lo cual representó un éxito sin precedente. Nuevamente, se trataba de la primera conferencia de franquicias llevada a cabo en México.

Después del éxito obtenido en la conferencia de Guadalajara, era obvio que ya existía en México interés por crear una asociación de franquicias, y eso fue precisamente lo que se hizo.

Transcurrió el año 1988 con la llegada al mercado mexicano de un número limitado de franquicias, si se compara con el que se registró en los años 1989 y 1990. Cabe comentar que, en su gran mayoría, dichas franquicias eran extranjeras, provenientes de Estados Unidos. Se sostiene que la "primera edad" en el desarrollo de la franquicia en México se caracterizó por la importación de franquicias; que la segunda y tercera edades se caracterizarán, respectivamente, por el desarrollo de franquicias mexicanas y su exportación.

Muy aislados fueron los casos que se dieron de franquicias mexicanas en 1988, entre ellos figuraba Videocentro, Triónica y Dormimundo, franquicias desarrolladas por Grupo Mexicano de Franquicias, S.A., compañía creada bajo los auspicios de Televisa. También se llevó a cabo por Jose Luis González y González la compra de Helados Bing y la consolidación de Helados Holanda en Grupo Quan, S.A., que se convertiría en una de las empresas más dinámicas en el ramo de los helados. También se produjo el desarrollo de la franquicia Vips, la cual, es uno de los proyectos de franquicias más serio y de mayor potencial que se han desarrollado en nuestro país.

Algunas compañías que firmaron contratos e iniciaron su operación en México en ese año fueron Alphagraphics, Thrifty Rent a Car, Super 8 Motels, Days Inn y Hard Rock Café. Ya en 1989, observando la expan-

sión del mercado de los restaurantes rápidos (fast food), comenzaban también a explorar su ingreso a México los otros gigantes de la hamburguesa, Burger King y Wendy's, así como Domino's Pizza y Subway, ésta última ha sido una de las franquicias de mayor crecimiento a nivel mundial en los últimos años. Todas ellas ingresarían al mercado mexicano en 1990 y 1991.

Posteriormente se lanzaron franquicias mexicanas como la Mansión, La Tablita y Club de Precios, ésta última desarrollada por grupo Sidek, con sede en Guadalajara.

En México la primera edad de las franquicias estuvo caracterizada por la importación de las mismas, fueron muchos los factores que contribuyeron para que se produjera la importación masiva de franquicias a México. Entre estos factores se puede mencionar, en primera instancia, desafortunadamente, la falta de creatividad de los empresarios mexicanos que, en lugar de generar sus propios conceptos, decidieron comprarlos ya hechos, en un país que como Estados Unidos está tan cerca del nuestro.

Cabe hacer notar que no es de ninguna manera criticable que empresarios mexicanos hayan decidido llevar a cabo la importación de una franquicia, ya sea a través de contratos directos (single unit franchise) o de contratos maestros (master franchises), los cuales no deben confundirse con los contratos de desarrollo (development), que, como su nombre lo dice, conceden el derecho exclusivo para desarro-

llar o construir un número preestablecido de franquicias dentro de un territorio.

Gracias a que se produjo la importación de dichos conceptos un número impresionante de empresarios mexicanos ha caído en cuenta de que tiene en las manos negocios que son franquiciables, lo cual lleva a la teoría de que se está iniciando en México una segunda edad de las franquicias que estará caracterizada por el desarrollo de franquicias mexicanas, y que les augura un gran éxito.

En los años de 1989 y 1990 podría decirse que entraron a México no menos de 50 franquicias extranjeras, cuyo impacto y rápida penetración transformaron los hábitos de consumo de millones de personas en nuestro país¹⁶.

Con información proporcionada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, la Sección Comercial de la Embajada Norteamericana y la Asociación Mexicana de Franquicias, A.C., se reunieron los nombres de las franquicias extranjeras que se han introducido a nuestro país

hasta la fecha. Dichas Franquicias son:

- Athlete's Foot (calzado deportivo)
- Burger King (restaurante)
- Mc Donald's (restaurante)
- Arby's (restaurante)
- Holiday Inn (hoteles)
- Super 8 Motels (hoteles)
- Days Inn (hoteles)
- Kwik Kopy (fotocopiado)
- Alphagraphics (fotocopiado)
- Gymboree (acondicionamiento físico)

¹⁶ Idea p. 78

Century 21 (bienes raíces)
 Blockbuster (renta de videos)
 TCBY (yogurts)
 Seven Eleven (autoservicios)
 Midas (mofles)
 Kentucky Fried Chicken (pollo Frito)
 Subway (sandwiches)
 Computerland (computadoras)
 Embassy Suites (hoteles)
 Baskin Robbins (helados)
 Sing Express (letreros)
 Chili's (restaurantes)
 TGI Friday's (restaurantes)
 Domino's Pizza (pizzas)
 Fuddruckers (hamburguesas)
 Porcao (comida brasileña)
 Wendy's (hamburguesas)
 Church's (pollo frito)
 ERA (bienes raíces)
 Howard Johnson (Hoteles)
 Floresheim (calzado)
 Oshman's (ropa deportiva)
 I Can t Believe it's Yogurt (yogurt)
 Benetton (ropa)
 Thrifty Rent A Car (renta de autos)
 Hard Rock Café (restaurante)
 Pizza Hut (pizzas)
 Dairy Queen (helados)
 Denny's (restaurante)
 Jack in the Box (restaurante)

El crecimiento de las franquicias extranjeras hacia finales de 1990 y comienzos de 1991, puso en evidencia el inicio de la segunda edad de las franquicias en México y que, se dijo, estará caracterizada por el desarrollo de franquicias mexicanas.

A continuación veremos algunas de las razones más importantes por las cuales se piensa que en esta era se verá el desarrollo y generación de un sinnúmero de franquicias mexicanas:

En primer lugar, es muy claro notar para todos los entendidos en la materia que México, y América Latina en general, no podían sustraerse

al fenómeno de las franquicias por mucho tiempo. Puesto que las estadísticas más conservadoras muestran que uno de cada tres dólares gastados por los consumidores norteamericanos son gastados en la compra de bienes y servicios de negocios franquiciados.

Se podría decir que es casi imposible concebir que en nuestros países exista lo contrario, menos en el caso de México, que se encuentra tan cerca y tan ligado a Estados Unidos; resulta increíble que no se hubiera desarrollado la franquicia en forma similar.

La teoría afirma que todo negocio es franquiciable, pero en la vida real esto no es tan cierto, ya que, no todo negocio es franquiciable, lo que sucede es que empresarios están optando por crecer a través del desarrollo de una franquicia, y es que, de lo que no hay duda, solamente van a sobrevivir y, en el mejor de los casos, lograr su expansión, aquellos que sepan tomar ventajas de las tecnologías y los métodos de hacer negocios vigentes en la actualidad.

Es muy interesante lo que González Calvillo¹⁷ señala, en el sentido de que es curioso encontrar que más de un empresario están interesados en traer de Estados Unidos una franquicia, cuando en su propia empresa ya tienen lo necesario para iniciar el desarrollo de una propia. Se requiere de mucho entusiasmo, creatividad, una marca o nombre comercial sólido, anticipación, una estructura operativa adecuada y la intención de convivir y compartir la tecnología propia

¹⁷ *Ibídem* p. 82

con desconocidos para dar el paso decisivo.

Es muy alentador ver como en México se ha acogido de una forma extraordinaria la figura de la franquicia, y encontrar un gran futuro dentro de esta forma de negocio.

El relato que este autor realiza de la incipiente situación de las franquicias en nuestro país, es muy representativo de la importancia que esta institución está llamada a cumplir en los próximos años en México.

Actualmente se especula sobre cifras muy optimistas en el sentido de que las franquicias en nuestro país llegan a dominar el mercado, hasta el grado de que la mitad del comercio al menudeo sea canalizado a través de establecimientos de franquicia.

Ello hace que el tema de las franquicias, en todos los ámbitos, pero especialmente en el legal, deba ser estudiado con el mayor cuidado y profundidad, con la intención de que los proyectos promisorios para nuestra economía encuentren un terreno propicio y no una serie de obstáculos que frenen su desarrollo.

En los próximos capítulos de esta tesis expondremos las consideraciones de carácter legal que se puedan considerar como relevantes para la debida regulación legal de las franquicias.

CAPITULO II

CONCEPTO DE FRANQUICIA Y ANALISIS DE SUS ASPECTOS COMERCIALES.

1. CONCEPTO DE FRANQUICIA.

El término "Franc", en francés antiguo, significa, el otorgamiento de un privilegio o de una autorización que el soberano concedía a uno o algunos de sus súbditos, referidos a derechos de mercado, pesca o forestales.

Hoy en día entre las personas que se plantean la posibilidad de crear o montar su propio negocio, o en los medios de comunicación, se ha hecho muy popular la palabra franquicia.

Según el diccionario de la lengua española, franquicia significa "la libertad y exención de un pago o tributo".

En Estados Unidos de América en el año de 1920 cuando los americanos acababan de dictar la Ley Antitrust, que tenía como objetivo evitar las prácticas restrictivas de la competencia, fue entonces cuando nació Franchising, considerándose la primera franquicia de la historia; cuando la General Motors abre su primer punto de venta en 1925, cuatro años más tarde, la Lainiere de Rousaix, en Francia, ponía en práctica un sistema de franquicia para distribuir su lana, que comercializaba bajo el nombre de Pingouin.

Pero fue a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea del 28 de enero de 1986, cuando se puede

decir, que la franquicia que en nuestros días se le conoce como la comercialización bajo el sistema de franquicia y que en inglés es "Business Format Franchising", y que según un acuerdo entre la Asociación Americana de la Franquicia y la Federación Europea de la Franquicia, puede quedar definida como¹⁸:

El sistema de venta mediante franquicia, consiste básicamente en un contrato entre dos empresas, el franquiciador y el franquiciado según el cual, el primero ofrece al segundo la venta en exclusiva de sus productos ofreciéndole, además, ciertos servicios de asesoría, y el segundo se compromete a realizar ciertas inversiones en local, diseño del punto de venta, compra de género o producto, etc.

Es importante que en México y América Latina por lo novedoso y reciente que resulta ser esta institución de la franquicia, se pueda contar con una definición, en la cual se puedan aclarar muchas dudas que se puedan tener respecto a la franquicia.

Al igual que en las definiciones relativas a las instituciones jurídicas, en el caso de la franquicia nos encontramos con una diversidad de propuestas de los diversos autores que acometen la tarea de definir este novedoso concepto.

Algunos se inclinan por resaltar los aspectos comerciales de la relación que se establece entre franquiciante y franquiciatario, mientras que otros la abordan desde la perspectiva legal, entendién-

¹⁸ Id. p. 91

dolo, básicamente, como contrato.

Para los propósitos de esta tesis, es importante considerar diversas definiciones de franquicia, con el objeto de tener un panorama lo más completo posible del alcance y contenido de esta institución, pero consideramos que lo más importante es sin duda, contar con una comprensión general de las características esenciales que contiene esta institución, a través de la revisión de sus elementos fundamentales y de las opiniones que diversos autores exponen en relación a la franquicia.

En el caso de México, tanto las autoridades del Registro Nacional de Transferencia de Tecnología como las de la Asociación Mexicana de Franquicias, A. C., han llevado a cabo una tarea ejemplar de definir la franquicia y difundir sus características en nuestro país. Así, podemos encontrar que el Reglamento de la Ley de Transferencia de Tecnología publicado en el Diario Oficial del 9 de enero de 1990 aporta, por primera vez en nuestra historia reciente, una definición de franquicia, que dice:

"Se entenderá como un acuerdo de franquicia, aquel en que el proveedor, además de conceder el uso o autorización de explotación de marcas o nombres comerciales al adquirente, transmitirá conocimientos técnicos o proporcione asistencia técnica".

La Asociación Mexicana de Franquicias, A. C., tuvo una labor muy importante de difundir durante los dos últimos años información bási-

sica acerca de las franquicias con el propósito de dar educación a un mercado que, con los años, puede convertirse en uno de los más importantes del mundo. Por todo ello es historia muy reciente.

Antes de que se publicara el Reglamento de la Ley de Transferencia de Tecnología, particularmente en 1985 y 1987, sucedieron casos interesantes donde las autoridades del citado Registro de Transferencia de Tecnología solicitaban modificar el título de más de un contrato de franquicia para denominarlos como Contrato de licencia, marcas y asistencia técnica. El argumento, válido por cierto, es que el término franquicia no existía en nuestra legislación, lo cual podría originar, durante la aprobación y registro de los convenios, cuestionamientos y confusión por parte de los propios funcionarios.

En México, los empresarios e inclusive los asesores involucrados en el negocio de las franquicias, hace sólo dos años cuando el fenómeno de las franquicias dejaba de ser un secreto en nuestro país, comenzaron a elaborar términos y vocablos que, por ser incoherentes y, en algunos casos, carentes de una explicación o fundamento técnico, únicamente originaron confusión entre las autoridades, los interesados en adquirir una franquicia y el público en general. Así, se dice que, al otorgante de una franquicia, que se le denomina franquiciante se le ha llamado franquiciador, franqueador, empresa madre, etc.; y por otro lado al adquirente o comprador de una franquicia, y que se denomina franquiciatario, se le ha llamado fran-

quiriente, franquiciado, franqueado, e incluso términos tan alejados de la figura de la franquicia como concesionario.

La última iniciativa de las autoridades del Registro Nacional de Transferencia de Tecnología y, en general, de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, fue la elaboración del proyecto de Ley de Propiedad Intelectual sometido al Congreso de la Unión en diciembre de 1990, en donde en su Artículo 142, se define en forma detallada el término franquicia: "Habrá franquicia cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue". Es importante resaltar, dentro del contexto de este trabajo, que la legislación mexicana ha sufrido en el espacio de dos décadas, un giro radical de 180 grados, que está representado claramente por los cambios que se suscitaron en relación a la llamada Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y del Uso y Explotación de Patentes y Marcas, legislación que fue promulgada en nuestro país en el año de 1972, substituida por una legislación del mismo corte en el año de 1981, y finalmente abrogada en el año de 1991 con la promulgación de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial.

Esta legislación, en su momento representó la piedra angular del sistema del gobierno del Presidente Echeverría, junto con legislaciones como la de Inversiones Extranjeras y la de Invenciones y Marcas, mismas que tenían por objeto el control absoluto de los intereses de empresas transnacionales y sus operaciones en territorio nacional.

Bajo la Ley de Transferencia de Tecnología, todos los acuerdos que involucrasen o tuviesen que ver con cuestiones relativas a conocimientos técnicos, asistencia técnica, o programas de cómputo, o explotación de patentes y marcas, debían obtener, para ser eficaces, su inscripción ante el Registro de Transferencia de Tecnología.

Para obtener dicho registro, los acuerdos eran sometidos a un análisis pormenorizado, que permitía en un determinado momento a la autoridad intervenir para compensar de alguna manera las prestaciones entre los agentes económicos firmantes del acuerdo, con la idea de proteger y defender los intereses de los empresarios nacionales.

Bajo el esquema de esta Ley, no se permitían acuerdos que establecieran el pago de la regalía que se considerase excesiva o desproporcionada de acuerdo a los que se recibía por parte de las empresas del extranjero. No se autorizaban obviamente contratos cuya vigencia fuese más allá del término que prudentemente se estimase como necesario para asimilar la tecnología, no se permitía intromisión alguna de la empresa del extranjero en la administración.

o decisiones de la empresa nacional y una serie de medidas que tenían por objeto fundamental el incentivar la generación de tecnología local, y terminar con la dependencia que durante largo tiempo existió y sigue existiendo, respecto de tecnología de vanguardia proveniente del exterior.

Sin embargo, con las modificaciones que se presentaron en la economía mexicana en los últimos tiempos, bajo la filosofía de apertura comercial y de intercambio con el exterior, el esquema de la Ley de Transferencia de Tecnología era absolutamente incompatible con esta nueva forma de ver las cosas, por lo que la decisión del legislativo se inclinó a la conveniencia de eliminarla.

Este cambio, desde luego, representa un giro absoluto respecto de esa tendencia que durante veinte años se había manifestado, abriendo nuevas expectativas y nuevos esquemas a la transferencia de tecnología hacia nuestro país.

Todo lo anterior, desde luego, representa un clima muy favorable para las franquicias, ya que el elemento fundamental que las empresas franquiciantes habían demandado para poder iniciar operaciones en México, era el relativo al pago de regalías, finalmente había sido eliminado y consecuentemente los contratos de franquicia celebrados entre empresas del extranjero con nacionales, son viables y procedentes desde el momento mismo de su firma, sin que se requiera la aprobación del acuerdo por parte de alguna entidad del estado.

Por otro lado, Mauricio Jalife Daher¹⁹ dice que "Al promulgarse la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, uno de los aspectos de mayor trascendencia en la nueva regulación de esta materia, lo constituyó la abrogación de la Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y Uso y Explotación de Patentes y Marcas, devolviendo a las partes signatarias la facultad de determinar libremente las condiciones contractuales".

Durante la época en que la transferencia de tecnología (incluyendo desde luego los contratos relativos a las patentes y marcas), fue regulada y sancionada por el estado, lo cual se remonta al año de 1972, se desalentó sensiblemente la celebración de este tipo de acuerdos.

Especialmente en el caso de contratos celebrados por empresas mexicanas con extranjeras, restricciones relativas al monto de las regalías pactadas, duración de los contratos, calidad de la tecnología contratada, etc., no constituyen ya aspectos en que las partes deban ajustarse a determinados parámetros legales.

Puede decirse que las licencias de uso de marca constituyen el antecedente más directo de las franquicias, tal como actualmente se conocen éstas.

¹⁹ JALIFE DAHER, Mauricio, "ASPECTOS LEGALES DE LAS MARCAS EN MEXICO", Editorial Sista, S.A., México, 1992 p. 73

De hecho, puede afirmarse que en todos los casos el contrato de franquicia incluye las normas básicas de licencia de uso de marcas, ya que siempre se autoriza al franquiciado el empleo de los signos distintivos del franquiciante.

La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial considera que existe franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca se transmiten conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios que distingue la marca.

Quien concede una franquicia, exige la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, deberá proporcionar al franquiciado, de manera previa a la celebración del contrato respectivo, como una forma de protección al franquiciado, la información relativa al estado que guarda su empresa".

En la definición legal, como es natural, se le da a la franquicia una connotación contractual y, a los protagonistas del negocio de la franquicia, su carácter como partes de un contrato mercantil, bilateral y oneroso. Por otro lado, en la definición funcional se insiste en darle a la franquicia la connotación que se le daría a una sociedad o empresa común, en donde la coincidencia de intereses del

franquiciante y el franquiciatario está plasmada en un entendimiento tácito y espontáneo de las condiciones de un negocio.

Por otro lado, González Calvillo²⁰ define a la franquicia de la siguiente manera: "La franquicia es un sistema o método de negocios en donde una de las partes denominada franquiciante, le otorga a la otra, denominada franquiciatario, la licencia para el uso de su marca y/o nombre comercial, así como sus conocimientos y experiencias (know-how), para la efectiva y consistente operación de un negocio."

El maestro Ruiz Períz²¹ indica que, "La franquicia es una fórmula a través de la cual un empresario poseedor de una marca y unos pro-

ductos o servicios determinados cede, bajo contrato privado y temporal, a otro empresario, el derecho de comercializar por su cuenta esos mismos productos y utilizar esa misma marca".

Por todo lo anterior podemos decir, que sin lugar a dudas, la comercialización bajo el sistema de franquicia, permite a comerciantes y a muchas personas, plantearse la posibilidad de montar su propio negocio, y que nunca se hubieran atrevido, debido a su falta de experiencia y a la formación necesaria, teniendo en cuenta que todo ello no puede adquirirse de golpe.

²⁰ GONZÁLES CALVILLO, Enrique y Rodrigo, Op. Cit, p. 23

²¹ RUIZ PERÍZ, Juan Ignacio, "LA FRANQUICIA", Editorial Cuadernos Civitas, S.A., Madrid, 1991 p. 56

2. ASPECTOS COMERCIALES CARACTERISTICOS DE LA FRANQUICIA.

Según Ruiz Periz²² la expansión de la franquicia en la comercialización se ha debido a las ventajas asociadas a esta fórmula particular de comercialización internacional, ventajas que se refieren tanto al franquiciador como al franquiciado, y a la economía en general, y que gira en torno a lo siguiente:

A) La franquicia es un método de colaboración que se da entre empresas independientes, lo que permite utilizar racional y eficazmente recursos productivos escasos.

Esta es una de las particularidades fundamentales de la franquicia y para los efectos de esta tesis es muy importante resaltar, ya que se refiere al hecho de que los agentes que intervienen en la celebración del contrato de franquicia, mantienen absoluta independencia jurídica y patrimonial.

A pesar de que como consecuencia de la esencia natural del contrato de franquicia la empresa franquiciante y franquiciataria mantienen una estrecha relación para el cumplimiento de los objetivos contractuales, ello no significa que las empresas sufran algún tipo de integración que la autonomía de las mismas como entidades jurídicas independientes sean afectadas.

B) Las redes de franquicia dan oportunidad de aprovechar al máximo

²² Idea p. 70.

las ventajas de las economías de escala que son una característica esencial de las grandes superficies o de las redes sucursalistas.

C) La franquicia permite optimizar la eficacia de las inversiones al asegurar un crecimiento rápido y una cobertura del mercado para el franquiciador, haciendo mínimo el coste de sus inversiones, al mismo tiempo que minimiza el riesgo del franquiciado al adquirir una tecnología comercial ya experimentada asegurando una continuidad en el servicio y aprovisionamiento prestado por el franquiciador. Cabe destacar que éste es un punto especialmente relevante de la institución de la franquicia, ya que a diferencia de los establecimientos que crecen por sí mismos, a través del establecimiento de sucursales, en el caso de las franquicias los nuevos establecimientos son abiertos con la inversión y capital de un tercero, lo que permite que de manera casi simultánea se pueda tener acceso a territorios que de otra suerte resultarían inaccesibles para la empresa original.

En este sentido, es muy importante destacar que quien compra una franquicia normalmente cuenta con elementos muy valiosos relativos a sus relaciones dentro del nuevo mercado, así como a buena fama comercial, y un conocimiento muy consistente de las necesidades de los consumidores de esa región, lo que normalmente permite hacer una elección muy correcta del tipo de franquicia a adquirir, con el objeto de que se cumplan los fines de la institución, que es la reproducción de una fórmula exitosa de negocios en diversos territo-

rios, realizando las adaptaciones que sean necesarias para que la formula funcione en diversos ambientes y mercados.

D) La internacionalización de los hábitos de consumo coincide con una segmentación creciente de los mercados, que progresivamente dejan de ser nacionales, y exige en la comercialización redes de puntos de venta especializados, con imágenes de artículos homogéneos, presentados bajo una marca acreditada y con una calidad que tiene que ser uniforme.

E) El conocimiento, la formación, la información y la tecnología, son recursos productivos escasos y caros, de difícil acceso desde el aislamiento y la independencia. La franquicia proporciona una tecnología comercial específica puesta al día y gracias a este proceso se fomenta la creatividad, la búsqueda de nuevas oportunidades de negocio, la adaptación permanente a los cambios de mercado.

El punto que el autor cita es de especial relevancia, ya que deja entrever uno de los aspectos que le brindan a la franquicia una base tan sólida y exitosa como la que actualmente tiene en el mundo, y que está basada en la concentración de esfuerzos y recursos en una sola entidad, que a través de su perfeccionamiento va derramando sus beneficios en las diversas unidades franquiciadas.

En el hecho de que existan diversos franquiciatarios que generan ingresos para la franquicia, permite que la franquicia como tal esté

en constante evolución y mejoramiento, de manera que las propias unidades franquiciadas reciban los beneficios de ese proceso de depuración, teniendo la posibilidad de lograr mejores beneficios dentro de una economía competitiva, lo que le brinda a la franquicia frente a otros tipos de negocios una ventaja cuantitativa y cualitativamente muy significativa.

F) La franquicia proporciona una fórmula de comercialización internacional, que mejora los sistemas tradicionales, de exportación, al permitir la expansión internacional de una marca, una tecnología comercial y de una gama de productos, integrando a los diferentes operadores, franquiciadores, fabricantes y franquiciados.

Según Ruiz Períz²³: "La franquicia se ha convertido, en la actualidad, en una de las ramas industriales con mayores posibilidades, pues gracias a ella, el comerciante independiente refuerza su posición, trabajando para sí mismo pero con un camino previamente probado como bueno".

Explicando un poco el sistema de la comercialización bajo el sistema de franquicia, éste se funda en:

a) Una colaboración estrecha y continua entre dos empresas, las cuales son tanto jurídica como financieramente, independientes y diferentes.

²³ Ibidem. p. 72

b) Ello supone que el franquiciador permite a cada uno de sus franquiciados reproducir exactamente su sistema de distribución y explotación del negocio.

c) Para ello pone a su disposición a cambio de una compensación económica a determinar, su marca, su concepción empresarial y sus métodos y sistemas empresariales, durante todo el tiempo que marque la vigencia del contrato de franquicia que habrá sido firmado por las dos partes.

Como se ha indicado, el franquiciador es la persona o empresa que ha puesto en marcha, con gran éxito, un negocio y tiene el deseo de extenderlo, bajo su misma marca de distribución, que es la que lo caracteriza, a otras personas adheridas y que son a las que se le llaman franquiciado.

Se puede decir que los franquiciados pagan al franquiciador una cuota de entrada, un canon sobre las ventas y la cuota de publicidad, lo que les da derecho a operar bajo el nombre, imagen y marca de distribución del franquiciador, así como tendrán los beneficios de sus servicios y acceder a la publicidad en general. Hay que tener en cuenta que la franquicia es un tipo de sociedad que consiste en la fusión de dos mitades y ello obliga a la confianza, lealtad y simpatía hacia los puntos de vista que tenga o defienda la otra mitad.

Es importante destacar uno de los elementos a que se hace alusión en el párrafo precedente, toda vez que en la presente tesis, se pretende considerar los elementos básicos de la institución de la franquicia, con el objeto de conocer a profundidad el tipo de negocio jurídico de que se trata, dicho elemento es el relativo a la cuota de publicidad, que no es otra cosa que el porcentaje que el franquiciatario debe pagar al franquiciante, proporcional normalmente a sus ventas netas, con el objeto de que el franquiciante forme un fondo con las cuotas obtenidas por este concepto de los diversos franquiciatarios, y lo destine a realizar publicidad común que evidentemente es benéfica para todos los franquiciatarios.

Esto le brinda a la franquicia, como lo hemos ya resaltado en otros apartados de esta tesis, una ventaja competitiva muy importante frente a otras formas de expansión y organización comercial, ya que normalmente el exceso de los medios publicitarios masivos es muy oneroso para una sola entidad, mientras que para las franquicias es una labor bastante sencilla en invertir esos fondos en una publicidad que será benéfica para todos los establecimientos distinguidos bajo la misma marca, lo que normalmente les asegura la preferencia de un importante grupo de consumidores en sus respectivos territorios.

Adicionalmente, la mencionada Ley determina que pueden constituir una marca las denominaciones y figuras visibles, susceptibles de identificar los productos o servicios a que se apliquen o traten de aplicarse, frente a los de su misma especie o clase.

Asimismo, se determina también que los nombres comerciales y denominaciones o razones sociales pueden constituir una marca, siempre y cuando no queden comprendidos en alguna de las limitaciones que la propia Ley establece, así como el nombre propio de una persona física, siempre que no exista un homónimo ya registrado como marca.

Finalmente, como una adición novedosa de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial se establece que pueden constituir una marca las formas tridimensionales.

Como todos los derechos que en general las leyes reconocen, existen limitaciones referentes a la exclusividad que otorga el registro de una marca que sintetizamos en los siguientes puntos:

- Aún y cuando las marcas obtenidas en un país suelen recibir cierta protección o reconocimiento en otros, el principio general se configura sobre la base de que la exclusividad derivada del registro de una marca puede hacerse valer por el titular, únicamente en el territorio del país en que se obtiene.

- El registro de una marca tiene una vigencia determinada, que al concluir provoca su caducidad.

Para mantener vigente el derecho de exclusividad que el registro de la marca otorga a su titular, es necesario que se use la marca y que el registro sea renovado periódicamente, de acuerdo a las especificaciones legales.

- La exclusividad que otorga el registro de una marca, se limita a los productos o servicios para los que se obtiene, así como respecto del diseño o denominación materia del mismo.

La exclusividad que deriva en favor del titular, por el registro de su marca, tiene efectividad en todo el territorio nacional.

El derecho que el registro confiere puede hacerse valer para impedir a otros el uso de la marca, inclusive en lugares en que la marca no está siendo usado o no es conocida.

El principio general sobre la validez territorial de un registro de marca, es que ésta se circunscribe al país en que el mismo fue otorgado.

Sin embargo, con base en los acuerdos internacionales que en esta materia se han celebrado entre un gran número de países, existe el reconocimiento de ciertos derechos en favor del registro obtenido en un país extranjero.

Uno de los derechos más significativos en ese sentido, consiste en la obligación que asume cualquier país de conceder al titular de una marca extranjera un período no menor a 6 meses desde el registro en el país de origen, a fin de que en ese lapso promueva con prioridad, frente a cualquier otra solicitud, el registro de su marca. A este reconocimiento se denomina "derecho de prioridad".

Nuestro país, como firmante y parte obligada del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, expresamente ha incluido en la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial este derecho en favor de titulares extranjeros, de la misma manera en que los mexicanos gozan de este reconocimiento en los demás países.

Otras de las excepciones al principio de la territorialidad del registro de marca, es el de aquellas que han alcanzado la jerarquía para ser consideradas "notoriamente conocida", las cuales reciben protección "extraterritorial", acorde a la difusión y prestigio del que gozan fuera de las fronteras de su país de origen.

Existen algunos acuerdos internacionales que otorgan ciertas facilidades para la tramitación paralela o simultánea de marcas en diversos países, o que incluso reconocen valor extraterritorial a los registros obtenidos en otros países, sin embargo, el principio general es que quién esté interesado en proteger una marca a nivel internacional, debe realizar su registro en cada país que le represente algún interés.

Es común que marcas de cierto prestigio o renombre, al encontrarse desprotegidas en ciertos países, sean adoptadas por empresas distintas a las que originalmente las empleo, dando lugar a que existan titulares distintos respecto de la misma marca.

En cuanto a la diferencia entre la marca de servicio y el nombre comercial se puede decir que tienen un destino material coincidente,

aunque tutelan objetos jurídicos distintos.

El nombre comercial, por su parte, atiende a la protección de la denominación con que un establecimiento mercantil se distingue frente al público consumidor, mientras que la marca registrada garantiza el empleo en exclusiva del signo distintivo con que un prestador de servicios distingue éstos.

Es un hecho que en todos los establecimientos en que se presta un servicio, ambas figuras pueden ser socorridas como vehículos de cobertura de su denominación. Tal podría ser el caso de un restaurante, cuyo nombre comercial sea "EL TIZONCITO", pero al amparo del cual se presta, concurrentemente, el servicio consistente en la "procuración de alimentos y bebidas por medio de un restaurante".

El caso, conocido por todos, en que no existe propiamente la prestación de un servicio, y que por tanto es conveniente recurrir a la cobertura del nombre comercial, es el que se presenta en establecimientos que se dedican exclusivamente a la tarea de vender mercancías al público (lo que se ha entendido no conlleva la prestación de un servicio), por lo que no encuadra en el régimen de las marcas de servicio.

El nombre comercial es una figura que obedece a parámetros comerciales del pasado, que en cierta forma arrastra ciertas limitaciones de cobertura, de hecho, por definición de la Ley, la protección abarca únicamente la zona geográfica de la clientela

efectiva de la empresa o establecimiento al que se aplique el nombre comercial y sólo se extenderá a toda la República si existe difusión masiva y constante a nivel nacional del mismo.

En relación al comentario que el autor hace en el párrafo anterior, es importante destacar, como ya se ha hecho antes en este trabajo, la importancia que la marca juega en el contexto de la institución de la franquicia, ya que finalmente es el símbolo que va a concentrar todo el prestigio y buena fama del comerciante a través de su seria actuación en el mercado.

Toda vez que en la franquicia se da acceso a terceras personas, que son los franquiciatarios, a utilizar los signos distintivos de la empresa, es decir, las marcas y los avisos comerciales o slogans, es evidente que la legislación debe procurar que el franquiciatario quede absolutamente ceñido a los lineamientos que el franquiciante le imponga respecto al uso correcto de las marcas y los slogans de la franquicia, ya que su utilización indebida puede mermar la capacidad distintiva de dichas marcas.

Por otro lado, es importante considerar que siendo las franquicias negocios que deben manifestar una absoluta uniformidad e identidad respecto del negocio prototipo, la aplicación de la marca en un negocio diferente o en un negocio que no es uniforme o congruente con los restantes, produce una importante desorientación en el público consumidor que desde luego merma el prestigio de la marca.

Por lo anterior, en todos los casos la legislación y el contrato mismo de franquicia deben ser sumamente cuidadosos de que la utilización de la marca se realice por el franquiciatario con estricto apego a los lineamientos que permitan garantizar que el signo distintivo en ningún momento se verá afectado o mermado en su prestigio frente a los consumidores.

Es importante, en este sentido, imaginar el caso de un establecimiento distinguido con una marca, como por ejemplo, pudiera ser el caso de Mc Donald's, en el cual se vendieran productos de mala calidad, o una hamburguesa con una carne que no es la misma que se utiliza en otros establecimientos, o que sus precios difieran considerablemente, o bien que el servicio que se presta es de pésima calidad, todo lo cual implicaría que el público consumidor que se ve afectado por el establecimiento que se encuentra funcionando en forma irregular, evidentemente se va a crear una mala imagen que repercutirá en todos los negocios de franquicia distinguidos por esa marca. La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial establece que se entiende por marca a todo signo visible que distinga productos o servicios de su misma especie o clase en el mercado.

Otra de las condiciones del franquiciador es la de que quede garantizada y asegurada la uniformidad que debe existir en todos los establecimientos individuales con objeto de que aparezcan como una sola y homogénea unidad.

3. CLASES DE FRANQUICIAS.

Las franquicias hoy en día, solo se pueden concebir como un fenómeno mundial. Son muy pocos los países donde no se ha dado el fenómeno de las franquicias, y es que, como las franquicias, también es universal el deseo de mujeres y hombres de ser dueños de su propio negocio.

Actualmente existen cuatro tipos de franquicia distintos: la franquicia de servicio, la franquicia de distribución, la de producción y la franquicia industrial²⁴.

A) FRANQUICIA DE SERVICIO.

La franquicia de servicio es el hecho de suministrar un servicio o servicios como conceptualización de una técnica o unas normativas determinadas. Como ejemplos tenemos: alquiler de vehículos, asesoramiento fiscal, inmobiliario, conservación del hogar, hostelería, enseñanza en sus diferentes facetas, etc.

B) FRANQUICIA DE DISTRIBUCION.

En esta franquicia se da que el propio franquiciador es quien revende o fija al asociado los productos que tiene que vender, completando de esa forma el trabajo pero con la aportación de una marca o marca de cadena y varios servicios de organización y venta. Ejemplos: venta textil, venta de vehículos, alimentación, imprentas, gasolineras, etc.

²⁴ *Ibid.* p. 75.

C) FRANQUICIA DE PRODUCCION.

El franquiciador facilita al franquiciado un método de producción y le autoriza a utilizar su marca tras superar los controles de calidad. Ejemplo: comidas rápidas.

D) FRANQUICIA INDUSTRIAL.

En esta franquicia es cuando el franquiciador se asocia a otras industrias para que fabriquen sus propios productos bajo la licencia, beneficiándose de su tecnología, marca y ayuda técnica. Ejemplos: yogur, cigarros, etc.

El mismo autor señala otras variantes operacionales como son la franquicia territorial y la individual.

E) FRANQUICIA TERRITORIAL.

Cuando se asigna al concesionario una zona geográfica definida dentro de la cual podrá operar libremente. No hay que olvidar, que con esa modalidad sólo puede trabajar dentro de sus límites territoriales con la única posibilidad de abrir filiales en ella y poder concertar acuerdos de franquicia con otros. En la mayoría de los casos también se les permite conservar parte de los royalties que dichos subconcesionarios deben pagar al otorgante.

F) FRANQUICIA INDIVIDUAL.

La franquicia queda limitada a una sola persona o a una sola empresa, y el concesionario no tiene el derecho de poder cederlos a otros como en el caso anterior.

4. IMPORTACION Y EXPORTACION DE FRANQUICIAS.

Según Lluís Cardelús²⁵, cualquier tipo de franquicia tiene por sí sola una vocación de crecimiento. Generalmente comienza por abarcar el territorio del propio país, pero una vez consolidando su presencia en el mercado nacional, el franquiciador empieza a plantearse la posibilidad de ir más allá de sus fronteras.

Una vez que una entidad o persona ha firmado un contrato con el franquiciador y ha empezado a funcionar, reproduce y desarrolla la marca de dicha franquicia en otro país, haciendo las funciones de franquiciador. Para el franquiciador será un franquiciado, pero para los franquiciados de su propio país, representa al franquiciador.

Una de las principales ventajas de este sistema es la rápida adaptación del paquete de franquicia a las características legales, comerciales y económicas del nuevo país, ya que es el franquiciatario maestro quien hace sus inversiones así como la publicidad para la captación de nuevos franquiciados.

²⁵ CARDEJUS I. GASSIOT, Lluís, "EL CONTRATO DE FRANCHISING", Ed. P.P.U., Barcelona, 1988, p. 533.

En general, el franquiciatario maestro explota, a título de establecimiento piloto, uno o diversos puntos de venta para poder ajustar la fórmula original a la realidad de su propio país.

En relación al comentario que hace el autor en el párrafo precedente, es importante comentar, dado los fines de esta tesis, de manera más particular y profunda lo relativo a la figura del "franquiciatario maestro", ya que es un tipo de recurso que ha tenido amplia difusión en nuestro país, y que conviene comentar con detalle.

Tal como se explica, el franquiciatario maestro es una entidad jurídica, sea persona física o moral, que adquiere del franquiciante, los derechos respecto de una región o territorio amplio, como pueda ser el caso de todo un país, para que a su vez puede subfranquiciar a otras personas las unidades o establecimiento franquiciados para que sean operados por estos, de manera de que el franquiciatario maestro cobra una parte de la regalía y otra parte de la regalía se paga o entrega directamente al franquiciante original.

En principio, el surgimiento de la franquicia maestra, ha tenido buena aceptación en mercados que presentan características especiales, por que de alguna manera permite la adaptación general de la franquicia a las condiciones imperantes en ese nuevo mercado, de tal forma que al recibir el franquiciatario final el negocio de la franquicia, ya lo encuentra muy adaptado y desarrollado a las condiciones específicas de su territorio, lo cual suele simplificar la relación.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Sin embargo, desafortunadamente en nuestro país se ha observado que la figura del franquiciatario maestro no en todos los casos está cumpliendo con su importante labor, sino que en ocasiones se trata de empresas o personas que carecen de la experiencia necesaria para entender, interpretar y prestar los servicios derivados de la franquicia, y consecuentemente otorgan subfranquicias que involucran un alto riesgo para los compradores.

De cualquier forma, al momento que existe una especie de intermediario entre el franquiciante original y el franquiciatario de la unidad que se opera suele introducirse una distorsión en esta relación jurídica, que además de implicar un costo adicional generado por la intervención de esta empresa intermediadora, impone una serie de restricciones de comunicación entre las partes tradicionales del contrato de franquicia, lo que suele generar conflictos demasiado graves.

Por lo tanto, es importante que nuestro país se vigile y regule de manera conveniente la figura del franquiciatario maestro, a efecto de asegurar al franquiciatario final el que reciba a cambio de su inversión los servicios que el franquiciante original debe suministrar.

Otras modalidades que el autor²⁶ plantea son las siguientes:

²⁶ Idea p. 37

A) SUCURSAL PROPIA.

Este sistema ha tenido mucho éxito, especialmente entre los países miembros de la C.E.E. y consiste en que el propio franquiciado abra una sucursal o una filial que tenga como objetivo hacer de franquiciadora en el nuevo país.

Dicho método permite mantener el 100% del control del desarrollo, aunque obliga a realizar inversiones económicas y mantener una fuerte estructura.

B) FRANQUICIADO PILOTO.

Este es otro sistema para entrar en un país y consiste en empezar a través de un establecimiento piloto, suministrado y dependiendo directamente de la sede central del franquiciador, ya que una vez organizado, permite disponer de una información muy importante. Dicho método resulta útil cuando se utiliza como un estudio de mercado sobre un país del que se ignora si interesará y será rentable.

A pesar de los costos adicionales producidos por la distancia geográfica y la falta de economías de escala, es un sistema que permite, con un riesgo pequeño, decidir sobre la conveniencia o no de desarrollar la red franquiciada en un determinado país.

Básicamente es un sistema de entrada y en el caso de que la decisión sea expandir la red franquiciada, probablemente dicho estableci-

miento pasará a depender de un franquiciatario maestro o de la filial del propio franquiciador.

El Instituto Brasileño de Franchising nos da una clasificación de franquicias de acuerdo a sus grados de funcionamiento y complejidad:

a) La franquicia de producto y marca registrada.

La franquicia de producto y marca registrada es un arreglo en virtud del cual el franquiciante, además de otorgarle al franquiciatario el uso y explotación de su marca o nombre comercial, se constituye como proveedor exclusivo de los productos o servicios que comercializará y/o distribuirá el franquiciatario.

El Instituto Brasileño de Franchising, se ha referido a este tipo de franquicias como de primera generación en virtud de la limitada información y conocimientos que el franquiciante le otorga al franquiciatario, que están muy lejos de constituirse, como en el caso de la franquicia de formato de negocio, en un sistema integral para la operación de una franquicia.

Consideramos una contribución muy importante en la materia la que da el instituto, ya que, al referirse a generaciones deja abierta la posibilidad de que haya cambios dentro de la franquicia que le permitan pasar de un estrato o generación a otro, es decir que debe existir la posibilidad de que una franquicia de producto y marca o nombre registrado pueda llegar a ser de formato de negocio o de segunda generación.

Por lo anterior, si en México y otros países latinoamericanos existe un número de negocios que puede conceder franquicias, en algunos casos su conversión no sería tan radical, ya que como se comentó, quizá ya operan dentro del contexto de una franquicia de primera generación. Algunos ejemplos de franquicia de producto y marca registrada o de primera generación pueden ser fácilmente identificados en la industria embotelladora, agencias o concesionarias de automóviles, gasolineras y en tiendas de ropa. Un número cada vez mayor de este tipo de franquicias, cuando ello ha sido posible por la naturaleza del propio negocio, se han convertido para operar como franquicias de formato de negocio o de segunda generación. De acuerdo con las cifras divulgadas por la Asociación Internacional de Franquicias y The Naisbitt Group en 1986, el crecimiento anual de este tipo de franquicias en Estados Unidos, que fue del 12 % anual durante el periodo comprendido entre los años de 1972 y 1978, disminuyó a 8.5 % durante el periodo comprendido entre 1979 y 1985.

b) La franquicia de formato de negocio.

La franquicia de formato de negocio, ofrece al franquiciatario no solo la marca o nombre comercial del franquiciante, sino un sistema completo de negocios. La palabra sistema tiene una connotación sumamente amplia dentro del contexto de la franquicia de formato de negocio y, desde luego, de gran importancia.

El sistema que el franquiciante pone en manos del franquiciatario, en este tipo de acuerdo incluye, de forma integral, su nombre comercial o marcas, sus conocimientos y experiencias en la operación del negocio, su criterio y especificaciones para la construcción o adaptación del local, los parámetros y requisitos que deberá cumplir el franquiciatario y la selección y contratación del personal, en la publicidad y promoción de la franquicia y, en general, en la forma en que deberá conducir las riendas del negocio.

En este momento de la tesis, hemos ya realizado ya una revisión tanto de la historia de las franquicias, como de los aspectos comerciales sobresalientes que le distinguen como institución autónoma, de los tipos de franquicias existentes y de las obligaciones principales que las partes en el contrato se deben prestar, revisando al mismo tiempo algunos de los conceptos que los autores exponen en relación al futuro de la franquicia, con lo que contamos ya con una idea muy clara y precisa de lo que debe entenderse por franquicia y de cuales son sus elementos y presupuestos fundamentales.

De esta manera, queda ya dispuesto el trabajo para ingresar al análisis jurídico del contrato así como de la regulación que recibe la franquicia en nuestro sistema jurídico.

CAPITULO III

REGIMEN LEGAL DE LA FRANQUICIA EN MEXICO.

1. LA FRANQUICIA Y SUS FIGURAS ANALOGAS.

En la actualidad un gran número de empresarios contempla la posibilidad de otorgar franquicias de su negocio, con la plena seguridad de que el hacerlo puede resolver sus necesidades de expansión, y para aquellos que alguna vez han soñado ser dueños de su propio negocio, la franquicia se ha constituido en una opción interesante y segura para lograr su propósito en un ambiente de negocios incierto.

El reciente y acelerado desarrollo de las franquicias ha tomado por sorpresa a propios y extraños, no sólo en nuestro país, sino a nivel mundial. Los investigadores en las universidades, los mercadólogos, los abogados e, inclusive, los funcionarios públicos han caído más de una vez en confusiones con respecto al objeto y definición de la franquicia. Se ha llegado a confundir a la franquicia con otros contratos y formas de hacer negocios semejantes. De lo anterior, resulta importante entender a la franquicia como lo que es y no confundirla con otras formas de hacer negocio parecidas, aún y cuando sean muy afines con otras figuras o contratos, como la licencia o concesión de marcas, el de distribución y la concesión administrativa.

"Tanto el empresario que otorga una franquicia como el sujeto que la

adquiere deben saber que el objeto del acuerdo que celebran es, precisamente, el otorgamiento de una franquicia".²⁷

En primer lugar, hay que entender a la franquicia como un método para distribuir bienes o servicios. No se puede concebir a la franquicia sin entender el propósito con el que fue ideado por sus precursores.

Tal y como lo menciona el autor antes citado, es importante considerar que el fenómeno de las franquicias es novedoso en la mayor parte de los países del mundo, por lo que evidentemente deberá sufrir un proceso de maduración hasta llegar a ser concebido en una forma en que se encuentre ajustado a las condiciones y características de los diversos sistemas normativos existentes en el mundo.

Esta misma característica, es decir, de su novedad es precisamente la que ha ocupado mi atención al designar como tema de la presente tesis, el del estudio de una institución como la franquicia, que desde luego representa un interés relevante para los abogados en general, no únicamente para los especializados en estos temas, ya que la franquicia empieza a alcanzar, un reconocimiento general como institución jurídica de la máxima importancia, dado el inmenso desarrollo que ha logrado en nuestro país en tan sólo unos cuantos años.

²⁷ GONZALEZ CALVILLO, Enrique y Rodrigo, Op.Cit., p. 22

En sus orígenes, el problema que pretendió resolverse con la franquicia, como ya lo explicamos en el primer capítulo, fue el de la eficaz distribución de productos y servicios. Como por ejemplo: las compañías armadoras de autos y de las compañías petroleras, en donde encontramos algunos antecedentes de la franquicia. En nuestros días, la franquicia sigue siendo una alternativa eficaz para resolver el problema que ha representado para todo negocio la ineficaz distribución de sus bienes o servicios.

Pero que quede claro, que la distribución como contrato y la franquicia son dos cosas distintas. La distribución y el simple contrato de distribución no son ni con mucho, lo mismo que una franquicia. La franquicia fue ideada para resolver los problemas de distribución y, con el paso del tiempo y la complejidad del comercio en Estados Unidos y otros países desarrollados, evolucionó como una forma de hacer negocios independiente. En el contrato de distribución, el distribuidor adquiere productos para revenderlos, es un contrato traslativo de dominio típicamente comercial. El distribuidor no transforma, produce o modifica el producto que adquiere, tan sólo lo revende. En la franquicia, el derecho a revender el producto o a explotar el negocio supone la prestación de un servicio y la venta de productos que el franquiciatario muchas veces elabora o produce y posteriormente vende con el control de calidad que le especifica el franquiciante mediante la utilización de tecnología y uso de marca del franquiciante. La distribución se parece a la franquicia en que en ambas se imponen condiciones y

términos para la comercialización de los productos o explotación de la empresa y en las obligaciones impuestas sobre la organización del negocio.

"Sin embargo en aquellos contratos de distribución en el que el concesionario utiliza la marca- o el nombre comercial- que ampara el producto, o el establecimiento del concedente, y que de algún modo se le transmite cierta tecnología para la distribución y venta de los productos, estamos en presencia de un contrato de franquicia de productos y marcas".²⁸

A pesar de que normalmente los diversos autores coinciden en establecer las diferencias del contrato de franquicia con otro tipo de negocios jurídicos, tales como el de distribución, me parece interesante destacar, de acuerdo a las finalidades de la presente tesis, que a pesar de las diferencias existentes de los diversos contratos que han precedido a la franquicia, un enfoque que no puede olvidarse es el relativo a considerar a dichos contratos como antecedentes inminentes del propio contrato de franquicia, lo que en cierta forma permite analizar y entender las obligaciones y derechos que involucra un contrato de esta naturaleza.

Es decir, más allá de analizar únicamente sus diferencias, deben también destacarse sus similitudes, ya que ello permite tener un

²⁸ ARCE GARGOLLO, Javier, "EL CONTRATO DE FRANQUICIA", 2ª edición, Editorial Themis, México, 1992 p.32

punto relativo al análisis y comprensión de esta nueva figura jurídica.

Serra Rojas²⁹ afirma que también la franquicia se asemeja a la concesión administrativa ya que ésta última "es un acto por el que la Administración Pública Federal confiere a una persona una condición o poder jurídico para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público, de bienes del Estado o los privilegios excluidos que comprende la propiedad industrial".

La franquicia se distingue de la concesión en que ésta, la otorga el Estado para explotar un servicio público o bienes del propio Estado. La franquicia se otorga contractualmente por un particular a otro particular y es, básicamente, para la explotación de una empresa o negociación que involucra el uso de marca(s) y la transferencia de tecnología. La concesión como acto administrativo puede darla por terminada el Estado unilateralmente pero la franquicia no ya que es un contrato. En las dos figuras, encontramos que son iguales en el privilegio que se otorga al concesionario o al franquiciatario y el derecho para explotar cierta actividad bajo el control del franquiciante.

²⁹ SERRA ROJAS, Andrés, "DERECHO ADMINISTRATIVO", 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1973 p. 223

Además de las diferencias que el autor destaca respecto de la concesión administrativa, me parece importante comentar que existen otras diferencias sustanciales de dicha figura jurídica, consistentes en el hecho de que normalmente para la obtención de una concesión el Estado determina, de manera prácticamente unilateral a cual o cuales de los aspirantes a la misma habrá de asignarse la explotación de servicios o bienes reservados en exclusiva al gobierno, caso que no se presenta en una franquicia.

Con independencia de lo anterior, es importante señalar que la concesión administrativa, está sometida a un régimen muy especial y estricto relativo al cumplimiento, toda vez que siempre se involucra la prestación de un servicio de carácter público, y consecuentemente el Estado se reserva la facultad de dar por terminada la concesión o retirarla en el momento en el que lo considere procedente, o inclusive, cuando el propio estado considere que de manera directa pueda realizar la explotación de la concesión.

Por lo que hace a su similitud y diferencias con la simple licencia de marcas y nombres comerciales, se puede observar una alarmante confusión en mucha gente con relación a las dos figuras y, desafortunadamente, no se asegura que dicha confusión se disipe en países como México. Los hombres de negocios mexicanos han vivido por años con licencias de marcas; ha sido entonces bastante común encontrar que al referirse a una franquicia, están hablando de una franquicia de marca, sin darse cuenta.

"En la franquicia, encontramos que la licencia o concesión para el uso y explotación de un nombre comercial y/o marca no es mas que uno de los objetos del acuerdo. En efecto, en la franquicia, además de otorgarle la licencia para el uso y explotación no exclusiva de su marca o nombre comercial, el franquiciante le otorga al franquiciatario una gama de conocimientos y experiencias que le permiten a éste último llevar a cabo la operación eficaz del negocio franquiciado".³⁰

De esta manera observamos que la licencia de la marca no es mas que uno de los dos elementos de propiedad intelectual que comprende el contrato de franquicia.

En este punto, de acuerdo a los comentarios que ya hemos realizado respecto a la importancia de la utilización de la marca dentro del contrato de franquicia, lo cual quedó reseñado en el capítulo segundo del presente trabajo, opino que el autor citado, al establecer las diferencias entre el contrato de licencia de uso de marcas y la franquicia, comete la imprecisión de considerar la licencia de uso de marcas como un contrato ciertamente alejado de las franquicias, pasando por alto, inclusive, el contenido del Artículo 139 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, que textualmente establece lo siguiente:

³⁰ GONZALEZ CALVILLO, Enrique y Rodrigo, "Op. Cit.", p. 23

"Artículo 139.- Lo productos que se vendan o los servicios que se presten por el usuario deberán ser de la misma calidad que los fabricados o prestados por el titular de la marca. Además, estos productos o el establecimiento en donde se presten o contraten los servicios, deberán indicar el nombre del usuario y demás datos que prevenga el Reglamento de esta Ley".

Tal como lo refiere el precepto antes citado, es evidente que cuando se concede una licencia dentro el territorio nacional, el usuario de la marca está obligado a expender los productos o prestar los servicios distinguidos por la marca, por lo menos en una calidad idéntica o coincidente con los productos o servicios vendidos o prestados por el propio titular del registro de la marca.

Lo anterior significa, que en una licencia de marca debe de estar considerado, que el usuario reciba no solamente el derecho a la utilización de los signos distintivos, sino suplementariamente todos los elementos para que la prestación de los servicios sea de acuerdo a dichos estándares de calidad.

Ello hace que entre la licencia de marcas y la franquicia, se establezca un puente de comunicación, ya que el legislador se ha preocupado por el hecho de que el consumidor reciba un producto o un servicio que sean correspondientes a la calidad que el signo distintivo asegura, y por lo tanto contempla, inclusive, como una infracción administrativa, el hecho de que no se de cumplimiento a esta disposición jurídica.

Durante los últimos años, en países como México se ha pretendido erróneamente adaptar sistemas y contratos de franquicias a partir de esquemas tradicionales de licencia de marcas. Por ser la licencia o concesión de marcas o nombres comerciales un método utilizado con frecuencia, principalmente en las áreas de servicio y, especialmente en los ámbitos de restaurantes, ha sido común observar que el desarrollo de nuevas franquicias se ha llevado a cabo alrededor de la marca y no, conjuntamente, de la marca y la tecnología.

Existen empresarios que han decidido otorgar franquicias de sus marcas sin darse cuenta de que están ante una práctica equivocada y que desvirtúa la filosofía y elementos objetivos de la figura y propósitos de la franquicia. Ya que en ella, el otorgante concede el uso de su marca o nombre comercial como el elemento distintivo de todo un sistema que puede comprender pero no limitarse, experiencias, conocimientos, fórmulas, recetas, controles administrativos, patentes técnicas y lineamientos operativos del franquiciante. La marca es, pues, tan sólo uno de los elementos que harán, o no, exitoso el negocio otorgado³¹.

2. ASPECTOS CONTRACTUALES.

En el sistema de franquicia el contrato representa, sin lugar a dudas, la base de la nueva relación comercial. Existen muchos fraca-

³¹ Idea p. 23

sos entre empresas por la falta de un contrato o de uno mal formulado.

Al respecto, González Calvillo³² sostiene que "Durante los últimos años, en países como México se ha pretendido erróneamente adaptar sistemas y contratos de franquicias a partir de esquemas tradicionales de licencia de marcas. Por ser la licencia o concesión de marcas o nombres comerciales un método utilizado con frecuencia, principalmente en las áreas de servicio y, especialmente en los ámbitos de restaurantes, ha sido común observar que el desarrollo de nuevas franquicias se ha llevado a

cabó alrededor de la marca y no, conjuntamente, de la marca y la tecnología."

Nuevamente el autor incurre en el mismo tipo de reflexión que prácticamente descalifica a la licencia de uso de marca como un contrato que involucra cierto traspaso tecnológico, siendo que, como lo comentamos en párrafos precedentes, la licencia de uso de marca en nuestro país involucra cierto tipo de asistencia técnica, ya que obliga al uso de la marca, a vender los productos o prestar los servicios distinguidos con la misma, en un nivel idéntico a los de la marca original propiedad del licenciante.

³² *Ibidem*. p. 25

El contrato de franquicia es una creación reciente del derecho de los negocios y de la economía. La franquicia pertenece a las figuras jurídicas que en el siglo veinte han tenido su origen en los Estados Unidos de América y que, después de una evolución y conformación más o menos definitiva, han sido adoptadas en otros países que cuentan con un sistema jurídico diferente.

El contrato de franquicia, contrato atípico en muchos países, ha aparecido junto con otros negocios jurídicos atípicos, el maestro Vincet Chulia³³ afirma que esto es debido entre otros factores a "el desplazamiento del centro de creación del Derecho Mercantil hacia los países anglosajones, donde existe una tipología distinta de figuras contractuales, con su peculiar nomenclatura que, junto con sus inversiones y operaciones económicas, ha invadido el mundo".

Algunas de estas figuras mercantiles han sido adaptadas y han enriquecido a nuestro Derecho Mexicano en los últimos años. Cuatro ejemplos de estas novedosas instituciones, además del contrato de franquicia, son: Las sociedades que se llaman "holdings" cuyo fin social principal es el de ser propietarias de acciones o participaciones en otras sociedades y estas son una realidad en México. La Ley del Impuesto Sobre la Renta las contempla bajo el nombre correcto de controladoras (Artículo 57). El "leasing", nació

³³ VINCET CHULIA, Francisco, "COMPENDIO CRITICO DE DERECHO MERCANTIL", 2ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1986 p. 44

en los Estados Unidos de América y fue regulado desde 1982 como contrato y actualmente es un contrato típico mercantil regulado por la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (Artículos 24 a 34) con el nombre de arrendamiento financiero. Este contrato por disposición de la propia Ley sólo pueden celebrarlo, las arrendadoras financieras, organizaciones auxiliares de crédito, con autorización de operar como tales.

Por reciente reforma a la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, el factoraje quedó como contrato típico que sólo puede celebrar como "Empresa de Factoraje Financiero" una Organización auxiliar de crédito con autorización para operar.

Es muy importante el comentario incluido en el párrafo anterior, ya que muchas veces suele criticarse a la costumbre o el hábito consistente en trasladar algunas figuras existentes en otros sistemas jurídicos distintos al nuestro, como si ello implicase una desvirtuación de nuestro sistema normativo, que desde luego cuenta con una gran tradición y constituye uno de los esquemas legales mejor estructurados en el mundo.

Sin embargo, me parece que es importante destacar que en absoluto debe considerarse a este tipo de adaptaciones de figuras jurídicas provenientes del exterior, como una desvirtuación de nuestro propio sistema normativo, sino al contrario, es una costumbre a una situación que puede llegar a enriquecer a nuestro sistema jurídico,

ya que permite evolucionar hacia figuras antes no previstas, y que la propia sociedad en su evolución y dinámica exige.

Por lo anterior, el hecho de que en México se introduzca el contrato de franquicia como un contrato regulado y previsto por nuestra legislación, me parece un objetivo loable, ya que de los contratos existentes en nuestro sistema, ninguno puede adaptarse fielmente a las necesidades y esquema propios de la franquicia, lo que repercute en ciertas posibilidades de conflicto entre las partes.

Desde hace algunos años, nuestro país, como todos lo sabemos, está inmerso en un proceso de apertura comercial instrumentado a través de su ingreso a acuerdos multilaterales como el G.A.T.T., o bien, a través del proyectado Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que en este momento se piensa entrará en vigor el primer día hábil de 1994, y que desde luego representan una realidad diversa a la que hemos conocido en los últimos tiempos, ya que nuestro país pretende integrarse a la comunidad económica mundial, y lograr niveles de competitividad que le permitan ingresos y beneficios superiores a los que se lograron en la época en que imperó un notable proteccionismo.

Dentro de todo este esquema, y justamente esa es una de las finalidades de esta tesis, como ya lo hemos comentado antes, la franquicia ocupa un papel preponderante, ya que es una de las formas de intercambio comercial que en el mundo están actualmente en auge, y al establecer canales de intercomunicación entre agentes económicos de diversas naciones, permite justamente el establecer relaciones su-

pranacionales, constantes, que generan ventajas para los nacionales de los países involucrados.

Por lo anterior, es un hecho que la franquicia, para su estudio y determinación, debe desbordar inclusive los marcos específicos de la regulación nacional, para insertarse dentro un análisis global que involucre consideraciones sobre las relaciones internacionales que se plantean en el esquema de franquicia.

Pasando a los aspectos contractuales de la franquicia podemos ver que, en cualquier contrato de franquicia deberán constar toda una serie de puntos, que deben estar muy bien definidos y concretados. Los principales son los que harán referencia a la zona de exclusividad, el local, los planes financieros, el canon de ventas, la cuota de entrada, suministro de material y mercancía, la terminación y la rescisión del contrato.

El principio de exclusividad de zona se refiere al objetivo que aspira la central franquiciadora, que no es otra cosa que conseguir la mayor participación del mercado posible con sus propias tiendas y las asociadas, las cuales operan uniformemente bajo un mismo signo, emblema, logotipo o fachada.

Para lograrlo hay que llegar a una venta determinada por cada x habitante. Dicho objetivo hace necesario un plan de mercadotecnia que coordine la presencia física de todos los establecimientos de

franquicia tanto en ciudades como en centros comerciales y en barrios.

Antes de aceptar una zona de exclusividad, es muy importante revisar el estudio de mercado previsto y asegurarse de que en aquella zona realmente no exista ningún otro establecimiento de características parecidas. En cuanto a las cláusulas del contrato de franquicia, que se refieren al local, deberá tenerse en cuenta si será el régimen de alquiler o de compra. Si es de alquiler hay que asegurarse de que no exista ninguna disposición que impida operar bajo un nombre comercial. En el caso de que sea el propio franquiciador quien haya tomado el local en alquiler y pretenda subarrendarlo al franquiciado, deberá estudiarse muy bien el caso para que bajo ningún concepto el franquiciado quede en inferioridad de condiciones. Si hay que realizar obras, el contrato deberá determinar a cuál de las dos partes corresponderá asumir los gastos.

Sobre este particular punto, es importante destacar las peculiaridades que el territorio mexicano representa respecto al de otros países, ya que no es posible realizar un tratamiento idéntico, por lo que hace, a los estudios de mercado que permiten determinar la territorialidad y posibles ventas del franquiciatario, como si se tratase del país de origen de la franquicia.

Es un hecho que, por ejemplo, en los Estados Unidos de América, la mayoría de las veces, las zonas habitacionales están perfectamente identificadas en cuanto a niveles socioeconómicos de ingresos de sus

habitantes, de manera que suele ser muy sencillo conocer los potenciales económicos y el perfil de los consumidores en una determinada zona.

Por ello, los estudios de mercado que se realizan en países como los Estados Unidos, suelen llevar a resultados muy certeros, ya que se manejan estadísticas que realmente resultan aplicables a la media de los habitantes del territorio estudiado.

Sin embargo, en el caso de México, las cosas son muy diferentes, ya que como todos sabemos, aunque puede existir un predominio de una clase socioeconómica en una determinada zona de una ciudad, nuestros asentamientos suelen ser sumamente contrastantes, de tal suerte que podemos encontrar en una misma zona una población de ingresos sumamente variables y distintos con gustos pocos coincidentes, hábitos diversos, y en fin, una situación que representa una serie de factores de muy diversa índole que no permiten proyectar un estudio de mercado sobre las mismas bases de certidumbre que en otros lugares.

Por lo anterior, una idea que es posible manejar en la presente tesis, apunta en el sentido de que las franquicias en México deben realmente ofertarse sobre la base de que se han realizado concienzudos y detallados estudios de mercado, que realmente permitan asegurar al franquiciatario un alto índice de posibilidades de éxito en la consecución del negocio, ya que, como todos lo sabemos, en ocasiones existen ofertas de franquicia sobre la base de datos espe-

culativos que necesariamente conducen, en la mayoría de los casos, a rotundos fracasos que merman el patrimonio del franquiciatario y desde luego repercuten en el prestigio general del fenómeno de la franquicia.

Por otro lado hay que tener mucho cuidado en todo lo referente a los planes financieros que se propongan. La central franquiciadora nunca garantiza beneficios, por lo que tampoco pueden existir responsabilidades legales en este aspecto.

Otro apartado importante es el que hace referencia al canon de ventas, que siempre está relacionado con la cuota de entrada. Existen franquiciadoras que tienen un canon bajo debido a que su cuota de entrada es alta. Siempre que se ofrezca este sistema, es mejor tener reticencias puesto que el apoyo y buenos servicios iniciales parecen dudosos.

En estos casos es interesante y aconsejable negociar un canon sobre ventas de carácter regresivo y proporcional al aumento del volumen del propio negocio.

En otro aspecto, hay que determinar que porcentaje del aprovisionamiento está libre, y si el canon, que al final ha quedado establecido, afecta también a esas compras. Dicho porcentaje siempre se aplicará sobre la venta neta, sin IVA ni cualquier otro gasto.

El principal problema que enfrentan muchos futuros franquiciados es la cuota de entrada. Esta puede variar bastante, si este pago inicial

es excesivo para la economía del franquiciado, puede negociarse la forma de pago, un 40% en el momento de la firma del contrato y el resto en meses a determinar, pero sin intereses.

Sobre el particular punto comentado por el autor en el párrafo anterior, es importante destacar, en esta tesis, el hecho de que en México si ha existido un importante desarrollo de servicios complementarios a las franquicias, como es el servicio de financiamiento que algunos bancos han instrumentado sobre la base de otorgar al franquiciatario cierto crédito para la adquisición y equipamiento de la franquicia.

Este es un punto toral, ya que involucra el reconocimiento, por parte de algunas instituciones crediticias en nuestro país, del valor de las franquicias como derechos de carácter inmaterial, y consecuentemente se traduce en un paso importante hacia el manejo de fórmulas crediticias en otro tiempo insospechadas para nosotros.

Ello permite suponer, que en el futuro, las instituciones de crédito estarán abiertas, por ejemplo, a otorgar créditos cuando figure como garantía el derecho sobre una marca, o sobre una patente, situaciones que desde hace tiempo son normales y naturales en un país industrializado, y que sin embargo, en nuestro país, por el escaso conocimiento que tenemos de estas instituciones jurídicas, no era posible sospechar pudieran llegar a concretarse.

En lo que se refiere al suministro de material, es la propia central la que normalmente suministra todo el material exterior del grupo, como el logotipo, emblemas luminosos, etc. En la mayoría de los casos también es la central la que proporciona el material interior de identificación equipamiento y servicios, como son los mostradores, las vitrinas expositoras, estanterías, etc.

Hay centrales que exigen a sus asociados total exclusividad, otros sólo parcial. En principio está bien, pero puede ocurrir que el franquiciado una vez que ha invertido millones en su negocio no pueda vender por falta de productos o existencias. Es por ello que debe introducirse una cláusula en el contrato, que permita el suministro exterior si falla el de la propia cadena. También debe de analizarse la relación calidad/precio de los productos suministrados, para poder comprobar si verdaderamente queda margen de distribución. Hay que determinar en el contrato quien marcará el precio de venta final al público.

Cuando se aplica a términos contractuales, las palabras desenganche y rescisión, pueden parecer iguales, pero no es cierto ya que cada una tiene su propio significado.

Ruiz Periz³⁴ en su obra intitulada "La Franquicia", sobre éste particular refiere que "cuando se habla de desenganche nos estamos refiriendo a la posibilidad de separarse de la cadena franquiciadora

³⁴ RUIZ PERIZ, Juan Ignacio, Op. Cit., p. 78

al cabo de un tiempo, sin perder demasiados derechos. En este caso hay que saber bien si la central puede prohibir utilizar su emblema y hasta ejercer una actividad parecida durante algunos meses. Todas estas posibilidades hay que preverlas y el mejor momento es cuando aún no se ha firmado el contrato."

Por lo que toca a la rescisión es la posibilidad que tiene central de asegurar el prestigio y buen nombre de la cadena comercial.

El aspecto que el autor citado resalta relativo a la rescisión o terminación de los contratos de franquicias, constituye un punto trascendental a considerar en esta tesis, ya que, siendo el contrato de franquicia un contrato regido por la Legislación Civil y/o Mercantil en nuestro sistema normativo, el mismo debe ajustarse a las reglas que para el efecto contienen los cuerpos normativos correspondientes.

Es evidente que, de acuerdo a lo anterior, en muchos casos la franquicia podrá estar expuesta a sufrir deterioros importantes, por el hecho de que una rescisión contractual pueda mantenerse subyúdice, por un largo tiempo durante la tramitación del litigio correspondiente, hasta lograr una resolución definitiva que restituya a las partes los derechos vulnerados.

Sin embargo, es importante ubicarnos en la realidad de nuestro sistema, en el sentido de que, por ejemplo, un franquiciatario que se encuentre en incumplimiento, puede seguir gozando de la explotación

de la 'marca respectiva, en detrimento absoluto de la imagen de la franquicia.

Vamos a suponer, por ejemplo, que los bienes que se estén proporcionando en un establecimiento de franquicia, no correspondan, ni con mucho, a la calidad de los bienes que normalmente esa franquicia ofrece al público consumidor, lo que desde luego repercute gravemente en la pérdida de prestigio de la marca correspondiente, y desde luego, en la pérdida de clientes para todos los negocios de franquicia que se identifican con dicha marca.

Si el procedimiento legal que se instrumenta para lograr la rescisión del contrato puede tardar tres o cuatro años para lograr una resolución definitiva y firme que impida al franquiciatario continuar en el uso de la marca, es evidente que el sistema no estará respondiendo adecuadamente a las necesidades del contrato de franquicia, ya que sería indispensable contar con un remedio legal que permitiese eliminar del establecimiento franquiciado que se encuentra en incumplimiento, los signos distintivos respectivos, de manera que el público se de cuenta de que es un franquiciatario que se encuentra en una situación de incumplimiento, y consecuentemente preservar, de esa manera, el prestigio de la franquicia.

Las principales ventajas de la distribución mediante franquicia para

el franquiciador, según Ruiz Periz³⁵, son:

Primeramente, reduce los costos de distribución ya que la inversión inicial para crear la red, así como los costos de explotación de los puntos de venta, corren todos a cargo del franquiciado.

Con muy poco costo se puede disponer de una excelente red de ventas en exclusiva, con personal ajeno y altamente motivado, por tratarse de su propio negocio.

Las ventas pueden incrementarse muy rápido si los productos tienen éxito bastará con ir aumentando, con precaución para no desbordar las posibilidades de la empresa, el número de franquiciados. Esto permite que la empresa aplique estrategias de expansión pudiendo alcanzar resultados espectaculares.

Elimina algunos riesgos comerciales y financieros que debe soportarlos el franquiciado.

Al ir aumentando rápidamente el número de unidades vendidas, la curva de experiencia facilita la consecución de costos directos de fábrica más bajos, con lo que el producto es más competitivo.

Es mucho menor el personal que se necesita para controlar la red de distribución que si el canal fuera el propio.

El franquiciador será, en todo momento, propietario del nombre

³⁵ Idea p. 86

comercial, de las diferentes marcas que comercializa y de su propio know-how.

Las principales ventajas para el franquiciado:

Las principales ventajas para el franquiciado se fundan, en que tendrá la posibilidad de ser empresario y de acceder a la propiedad de un negocio que ya ha conseguido el éxito, sin que el franquiciado haya arriesgado nada ni tenga conocimientos previos específicos. Podrá vender una marca de prestigio, lo que de entrada le garantiza ya la consecución de una mínima cifra de negocios.

Va a tener una mayor seguridad de supervivencia, ya que la mortalidad de las tiendas de franquicia es mucho menor que las de los detallistas independientes.

Una rentabilidad mínima asegurada en función de que se trate de una marca con demanda reconocida.

Otro punto muy importante es que contará con la publicidad institucional del grupo.

Los servicios, ayudas, asesoría, etc., que proporcione el franquiciador.

Sobre todo puede representar una salida a aquellos detallistas que ven disminuir sus ventas por los cambios que se están produciendo en la distribución.

En cuanto a la ayuda financiera tiene la posibilidad de conseguirla fácilmente, en el momento de la puesta en marcha de la franquicia, gracias a la garantía comercial que supone el éxito conseguido previamente por la fórmula franquiciada y a la buena imagen que ello supone para las entidades financieras.

Accede a una fuerza de compra, de venta o de gestión, con capacidad competitiva ya comprobada, lo que hace que el riesgo empresarial sea mucho menor que si no fuera franquiciado.

Algo muy importante para las dos partes es la ventaja de conservar ambas partes su independencia jurídica y la propiedad de sus respectivos negocios.

Los principales inconvenientes para el franquiciador son:

A continuación pasaremos a lo desagradable y riesgoso que todo negocio trae para las partes que lo llevan a cabo.

Aún y cuando se tenga un contrato firmado, si los resultados obtenidos son muy superiores o muy inferiores a los previstos en el momento de su creación, es casi seguro que surgirán tensiones entre franquiciador y franquiciado.

El franquiciador puede llegar a tener menos influencia jerárquica sobre el franquiciado que una empresa con diversas sucursales y, tendrá que tener una excelente comunicación y deberá saber transmitir

todo lo que conlleva el negocio y no limitarse a decir lo que hay que hacer.

Es fundamental que el franquiciador ponga la máxima atención y dedique los recursos necesarios a las funciones de aseguramiento, ayuda y formación continua de su red franquiciada para que le consigan los mejores niveles de eficacia y rentabilidad posibles.

A pesar de las cláusulas de confidencialidad sobre las condiciones, etc., de la franquicia, el franquiciador tiene que tener presente que puede perder el secreto de su estrategia comercial, debido a que ésta queda abierta a sus franquiciados.

El franquiciador que fabrique sus propios productos no podrá venderlos fuera de su red de franquicia, para no vulnerar el principio de exclusividad territorial.

Los principales inconvenientes para el franquiciado son:

Uno de los inconvenientes para el franquiciado es que su futuro empresarial depende de la buena o mala gestión comercial y empresarial del franquiciador.

Se puede decir que está un poco a merced del conjunto de la red de la franquicia ya que según como gestionen los otros franquiciados tendrá mejor o peor aceptación por parte de los consumidores.

Hay que tener en cuenta que el franquiciador siempre será el que indique cuales son los mejores sistemas a seguir, por lo tanto el

franquiciado, no puede influir sobre las diversas y posibles decisiones relativas a la forma de gestionar su negocio como por ejemplo en el caso de la presentación de sus propios productos.

Tal vez uno de los inconvenientes más duros de aceptar es la pérdida de la autonomía empresarial.

Deberá pagar unos derechos de entrada y/o unos royalties para acceder a la explotación del negocio en cuestión, así como para poder usar la marca y los símbolos ya que estos no son de su propiedad.

La franquicia se ha convertido en un nuevo sistema de distribución que es una palanca económica y financiera, al permitir al franquiciador financiar su propio desarrollo y de forma muy rápida.

Otro elemento muy importante, en la sociedad actual, es su potencial para la creación de empleo y ahorro de capitales, pues evita la inversión incontrolada en negocios no rentables y condenados al fracaso.

El franquiciador debe empezar su andadura desarrollando una fórmula comercial que sea original y que haya sido bien acogida por el consumidor anteriormente. Es de suma importancia aplicar buena tecnología. En conclusión podemos decir que, una buena imagen de marca, acompañada por el símbolo común, es ni más ni menos, el resultado del éxito de la fórmula comercial llamada franquicia: "El perfil de los protagonistas".

Pasaremos al estudio de los tres protagonistas que están involucrados en esta figura³⁶:

3. LA FIGURA DEL FRANQUICIADOR.

El franquiciador constituye el motor de cualquier firma comercial, que puede ser tanto un comerciante, un artesano, un profesional en el libre ejercicio de su profesión o un fabricante. En cualquier caso de los apuntados, será una persona jurídica o física que haya puesto en práctica durante un periodo de tiempo x y con buenos resultados una fórmula comercial que se diferencie de la competencia, que se haya desarrollado en establecimientos pilotos, que posea la propiedad de la marca bajo lo que vende los productos o servicios, y que se encuentre perfectamente capacitado para formar a sus posibles franquiciados y darles el asesoramiento técnico y empresarial estipulado en el contrato, firmado por ambas partes.

El franquiciador aporta a cambio de una remuneración establecida previamente en el contrato lo siguiente:

- A) EL conocimiento de las características del mercado al que pertenece y en donde se desarrollará la actividad de franquicia.
- B) El estudio de la mejor ubicación posible del punto de venta.

³⁶ ARCE GARGOLLO, Javier, Op. Cit. p. 19

- C) La realización de una cuenta de resultados provisional, que acostumbra a ser de tres años, junto a un balance provisional al término de dichos periodos.
- D) El diseño, la decoración, el merchandising y la disposición del punto de venta.
- E) La formación del franquiciado y del personal colaborador.
- F) La estrategia comercial con todo lo que comporta.
- G) La cesión del uso de una marca registrada o de unos signos de identidad comercial del cual es propietario.
- H) Una imagen conocida y por tanto con recursos positivos por sí misma.
- I) Una continua actividad de promoción de la marca para que vaya siendo conocida.
- F) El derecho del franquiciado a desarrollar empresarialmente su fórmula distributiva.
- G) La explotación en exclusiva para un territorio determinado.
- H) El mantenimiento de una actividad comercial continua.
- I) El desarrollo de nuevos y mejores sistemas de gestión del establecimiento de venta.
- J) Realizar estudios de mercado.

K) Buscar de forma continua métodos de racionalización de la explotación del negocio.

En definitiva, se le pide al franquiciador que sea honesto, creativo, perseverante y con una visión de futuro de las técnicas empresariales ya que los franquiciados no desean que su franquiciador sea un simple proveedor de productos.

Uno de los aspectos principales para que el sistema de franquicias tenga garantías de éxito, no sólo es su capacidad financiera, sino también el tiempo disponible, la calidad profesional de sus directivos y la perfección del paquete comercial que tiene previsto franquiciar.

Los recursos imprescindibles con los que hay que contar son: La propiedad de la marca y la buena gestión a través de los establecimientos pilotos.

4. LA FIGURA DEL FRANQUICIADO.

Las principales obligaciones y aportaciones del franquiciado son:

A) El franquiciado debe pagar el total de la inversión necesaria para adecuar las instalaciones así como la decoración de su propio establecimiento, siempre siguiendo el proyecto y las directrices del franquiciador y en su caso hacerse responsable del traspaso o la compra del local.

B) También deberá pagar derechos de entrada como miembro de la red franquiciada, por los servicios iniciales y por el costo que el franquiciador haya tenido para contactar con él.

C) El franquiciado también tendrá que pagar al franquiciador otras remuneraciones periódicas en concepto de los servicios permanentes recibidos, hecho que en la mayoría de las ocasiones se concreta con un canon o porcentaje sobre el volumen de ventas o de compras. Hay que tener presente que dicha remuneración deberá estar incluida dentro del precio de costo del producto que se suministra al franquiciado.

D) Otras de las cosas que pueden producirse es cuando el franquiciador y el franquiciado están compartiendo a través de un porcentaje determinado, el resultado final del establecimiento franquiciado, aunque este tipo de sistema o fórmula franquiciadora no es tan usual. La mayoría de las veces, el franquiciador paga para ayudar de alguna forma al franquiciado, una parte del stock final de los productos.

E) También suele suceder que el franquiciador y el franquiciado compartan en unos determinados porcentajes que varían según las distintas firmas comerciales, las diversas acciones promocionales que se realicen a través de la publicidad.

F) Lo que si es obligatorio, por parte del franquiciado, es la utilización de los métodos de gestión y trabajo del franquiciador.

G) También está obligado a guardar una fidelidad comercial a la marca que representa, lo que, en muchos casos, quiere decir que ha de comprar de forma exclusiva al franquiciador.

H) Deberá de aceptar los controles y seguimientos que el franquiciador considere oportunos.

I) El franquiciado deberá guardar en forma confidencial, todo el sistema comercial y de gestión de la franquicia que representa, así como de comunicar de forma periódica sus cifras económicas y de venta, para que de esa forma puedan resolverse problemas que hayan surgido.

J) También deberá de tener presente, que al aparecer ante los ojos del consumidor como propio empresario, deberá de dar una buena imagen comercial a través de la reputación profesional.

Luego de haber revisado y considerado las diferencias y semejanzas así como inconvenientes de la franquicia frente a otro tipo de contratos, realizando una relación y revisión de los aspectos sobresalientes de cada una de las formas contractuales similares, así como los derechos y obligaciones que derivan para cada una de las partes en dichos negocios jurídicos, me parece importante destacar, como colofón de este tercer capítulo de la tesis, el hecho de que la franquicia, en mi opinión, deberá merecer un tratamiento específico dentro de nuestra normativa, de tal suerte que los derechos y obligaciones que competen al franquiciante y al franquiciatario

deberán estar claramente definidos en la Ley, y el mismo esquema contractual pueda estar previsto de manera típica en el ordenamiento que se considere apropiado para este tipo de acuerdos.

En mi opinión, el contrato de franquicia debe insertarse en la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, como un contrato típico de la materia marcaria y de transferencia de tecnología, ya que son los objetos básicos del acuerdo.

Por otro lado, me parece propio insertar este tipo de esquema contractual en dicho ordenamiento, por virtud de que es congruente con el propio cuerpo normativo, mismo que se dirige a la preservación de los derechos marcarios del agente económico, frente a los derechos que al público consumidor le competen en el sentido de que las marcas cumplan la función social de distintividad a que están destinadas.

CAPITULO IV

ASPECTOS CONTRACTUALES Y LEGALES DE LA FRANQUICIA EN MEXICO.

1. ETAPAS DE SU REGULACION.

En México se puede hablar de cuatro etapas en lo que se refiere a la regulación que ha tenido la franquicia³⁷:

A) Hasta que se promulgó la Ley del Registro de Transferencia de Tecnología, los contratos de franquicia en México no contaban con una regulación referida a ellos expresamente. Esto quiere decir, que no estaba sujeto a limitaciones legales o administrativas el contenido de los contratos de franquicia, incluía la licencia de uso de una marca, este acuerdo para el uso de la marca, debía hacerse por escrito e inscribirse en la Dirección General de Invenciones y Marcas (Artículos 134 y demás relativos de la Ley de Invenciones y Marcas ya abrogada).

B) De la Ley del Registro de Transferencia de Tecnología al Reglamento de la Ley del Registro de Transferencia de Tecnología de noviembre de 1991. La Ley del Registro de Transferencia de Tecnología obligaba a que los contratos de transferencia de tecnología, cuya descripción se contenía en el artículo 2, se inscribiera en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología para ser válidos.

³⁷ Idem p. 23

Para que los contratos se inscribieran y tuvieran efectos jurídicos en México, era necesario que no incluyeran pactos que pudieran constituir "causas de negativa de inscripción" (Artículos 15 y 16 de la Ley de Transferencia de Tecnología).

El contrato de franquicia, como negocio jurídico que involucra transferencia de tecnología, para ser válido en México durante los años de 1973 a enero de 1990, debía registrarse en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología y no contener ninguna causa de negativa de inscripción.

Esta Ley de Transferencia de Tecnología y el Reglamento vigente hasta enero de 1990 contenían limitaciones contractuales que resultaban muy estrictas para los contratos de franquicia. Una de las principales limitaciones a los contratos de franquicia, que limitaba su contenido y, en ocasiones, hacían poco atractiva su celebración, eran los siguientes:

- a) "Que la contraprestación no guarde relación con la tecnología adquirida o constituya un gravamen injustificado o excesivo para la economía nacional o para la empresa adquirente". (Artículo 16 fracción II de la Ley del Registro de Transferencia de Tecnología).
- b) La intervención directa o indirecta en la administración del franquiciatario (Artículo 15, fracción I, de la Ley del Registro de Transferencia de Tecnología).

c) Que se obligue al franquiciatario a adquirir equipo o materias primas de un origen determinado (Artículo 15, fracción IV, de la Ley del Registro de Transferencia de Tecnología).

d) Se impedía que el franquiciatario desarrollara tecnología (Artículo 15 fracción III de la Ley del Registro de Transferencia de Tecnología).

e) La prohibición o restricción que se hacía a la exportación por parte del franquiciatario (Artículo 15 Fracción V de la Ley del Registro de Transferencia de Tecnología).

f) La obligación de guardar secreto por un plazo mayor al del contrato, máximo 10 años (Artículo 15 Fracción XI de la Ley del Registro de Transferencia de Tecnología).

g) El Reglamento de la Ley del Registro de Transferencia de Tecnología de enero de 1990. La promulgación del nuevo Reglamento de la Ley del Registro de Transferencia de Tecnología significó el reconocimiento y definición del contrato de franquicia en el Derecho Mexicano y la liberación de las limitaciones contractuales que establecía la Ley del Registro de Transferencia de Tecnología.

El Artículo 23 del citado Reglamento definió a la franquicia como el acuerdo "en que el proveedor, además de conceder el uso o autorización de explotación de marcas o nombres comerciales al adquirente, transmita conocimientos técnicos, proporcione asistencia

técnica en los términos de los incisos a), f), g) y h) del Artículo 2 de la Ley, con el propósito de procurar bienes o puesta de servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos del proveedor, independientemente de algún otro de los supuestos que marca el precepto citado".

C) Con el Reglamento de la Ley del Registro de Transferencia de Tecnología las restricciones a la libertad contractual de franquiciante y franquiciatario se liberaron para hacer posible la celebración de contratos de franquicia. Los principios de mayor importancia que contenían este Reglamento de la Ley del Registro de Transferencia de Tecnología son:

a) La facultad que tiene el registro para determinar "de acuerdo a su criterio aquellas situaciones susceptibles de excepción atendiendo a circunstancias de beneficio para el país" (Artículo 53 Reglamento de la Ley del Registro de Transferencia de Tecnología).

b) No se aplican a la franquicia: la limitación de que el franquiciante tenga intervención en la administración del negocio del franquiciatario (Artículo 34 Fracción I, de Reglamento de la Ley del Registro de Transferencia de Tecnología); la de que el franquiciatario esté obligado a adquirir equipo o materias primas de un origen determinado (Artículo 38 del Reglamento de la Ley del Registro de Transferencia de Tecnología); ni la prohibición del franquiciatario de exportar (Artículo 40 Fracción II del Reglamento

de la Ley del Registro de Transferencia de Tecnología).

D) En la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial que en su Artículo segundo transitorio abrogó a la Ley del Registro de Transferencia de Tecnología y su correspondiente Reglamento, con lo que la franquicia dejó de ser un acuerdo que se debía inscribir como especie del contrato de transferencia de tecnología que regulaba dicha Ley y Reglamento. Por tanto, ya no es obligatoria su inscripción en el Registro de Transferencia de tecnología (que ya no existe) para que surta efectos en México.

Por lo anteriormente expuesto, las partes contratantes en un contrato de franquicia, en ejercicio de la libertad de contratar y de la libertad contractual, puedan libremente determinar el contenido del contrato sin limitación legal, directa o indirecta, de ninguna índole.

Con la regulación actual de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial el contrato de franquicia es una especie del contrato de licencia de marca. En este contrato, además de la licencia de marca, tiene el franquiciante la obligación de proporcionar al franquiciatario conocimientos técnicos o asistencia técnica. Esta Ley establece una Ley de franquiciatario para pedir información del franquiciante antes de la celebración del contrato.

A continuación pasaremos al estudio del contrato de franquicia, y por lo tanto tenemos la definición del contrato de franquicia que nos

aporta Javier Arce Gargollo³⁸: "El contrato de franquicia es aquel por el que el franquiciante otorga al franquiciatario la licencia de uso de una marca con el derecho a distribuir ciertos productos o a explotar, con cierta exclusividad, una empresa o negociación mercantil de bienes o de servicios, en ambos casos, mediante la transmisión de conocimientos técnicos y el uso de marca(s) y nombre(s) comercial(es), a cambio de una contraprestación generalmente ligada a los resultados de la operación de la negociación".

2. CARACTERISTICAS ESENCIALES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

Las características del contrato de franquicia son las siguientes:

A) En este contrato, el franquiciante concede al franquiciatario derecho a usar una marca y a explotar una negociación mercantil en uno o varios establecimientos.

B) La licencia debe incluir la autorización de uso de marca (de servicios y productos) y eventualmente la de nombres y avisos comerciales y la explotación de patentes.

C) La franquicia cuenta con cierta exclusividad que se refiere a un territorio o a uno o varios establecimientos geográficamente identificados. La exclusividad en beneficio del franquiciatario no quiere decir que el franquiciante no pueda otorgar más franquicias.

³⁸ Ibidem p. 29

D) El franquiciatario está obligado a cumplir con el control de calidad del servicio y productos en los términos y especificaciones que le señale el franquiciante.

La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial liga el uso de la marca a la necesidad de que el franquiciatario pueda "mantener la calidad y prestigio de los productos o servicios".

E) El franquiciante está obligado a transmitir al franquiciatario conocimientos o tecnología que en gran parte pertenece al Know-how, y que debe presentar mediante normas, manuales, guías, capacitación al personal e inspecciones periódicas.

Es importante destacar que actualmente en México existe ya una regulación sistemática de los secretos industriales, desde la promulgación de la nueva Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial en el mes de junio de 1991.

Antes de dicha legislación, el tema de los secretos industriales era poco conocido en nuestro país, y el único antecedente se remitía a la existencia de la figura delictiva en el Código Penal, relativo a revelación de secretos, pero que por su misma ambigüedad era poco aplicable al caso de los secretos industriales o comerciales.

Es importante destacar, para los fines de esta tesis, que al término secreto industrial se le debe otorgar la más amplia de las acepciones, resultando aplicable a cualquier tipo de ventaja competi-

tiva, que derive de la posición de cierta información, la cual mantenga de manera reservada confidencial para la propia empresa.

El Artículo 142 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial incluye como elemento esencial del contrato de franquicia que el franquiciante "transmita conocimientos técnicos o proporcione asistencia técnica" al franquiciatario, "con el propósito de producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos del franquiciante."

F) La contraprestación que paga el franquiciatario está ligada a los resultados de la operación. Se puede pactar como un precio fijo, como venta de franquicia, como regalías o pagos periódicos sobre la base de las ventas de la negociación, o también como una combinación de ambos. En algunas casos se prevé el pago de honorarios por asistencia o servicios técnicos, o por otros diferentes conceptos como: asesoría, rentas, ventas, etc.

G) Es un contrato a largo plazo.

H) Se trata de un contrato de colaboración, no de cambio, ya que, franquiciante y franquiciatario tienen intereses comunes: prestigiar la marca, la negociación y obtener mayores ventas y utilidades.

I) La franquicia puede decir que es un modo de organización para la explotación de cierta clase de negocios, que sólo pueden crecer por medio de este instrumento de tráfico mercantil.

3. CLASIFICACION DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

Según Arce Gargollo³⁹, el contrato de franquicia se clasifica en:

A) Mercantil: puesto que se celebra entre comerciantes para explotar una empresa o para distribuir y revender productos (Artículo 75 fracciones I, II, V a VIII del Código de Comercio).

Si bien es cierto que la mayor parte de los autores convienen en que la naturaleza del contrato de franquicia es de índole mercantil por estar celebrado entre comerciantes, me parece importante hacer la salvedad de que en muchas ocasiones la persona del franquiciatario no ostenta a la firma del contrato, dicha calidad, toda vez que se trata normalmente de un individuo que encuentra precisamente en el negocio de franquicia, una oportunidad de iniciar un negocio y consecuentemente adquiere la calidad de comerciante con motivo de la celebración del contrato de franquicia.

La importancia de la definición de este punto, en mi opinión, y de acuerdo al marco de referencia que pretende brindar este trabajo de investigación, es el hecho de determinar si el contrato tiene naturaleza estrictamente mercantil por virtud de las calidades de las partes que lo asignan, ya que ello repercutirá, en caso de un conflicto, en determinarse la vía conducente para la tramitación del

³⁹ Ibid p. 33

juicio respectivo será la ordinaria mercantil o la ordinaria civil.

Sobra señalar que la mala elección de la vía correspondiente, pudiera dar lugar a una excepción que repercuta perjudicialmente en los derechos que la parte eligió indebidamente la vía procesal.

Es evidente, que si le permitiera al franquiciatario ceder o traspasar derechos derivados del contrato, eventualmente la franquicia podría caer en manos de personas o empresas que no fuesen idóneas para operar el negocio de franquicia.

B) Bilateral: la misma definición del contrato hace referencia a las obligaciones recíprocas de las partes; existe un contrato que engendra desde que se celebra obligaciones a cargo de cada uno de los contratantes. (Artículo 1836 del Código Civil).

C) Oneroso: porque existe una reciprocidad en los provechos y en los gravámenes, en las cargas que soportan los contratantes. En la mayoría de los casos se pacta una contraprestación. (Artículo 1837 del Código Civil).

D) Formal: Este contrato debe celebrarse por escrito e inscribirse en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial para producir efectos en perjuicio de terceros (Artículo 136 Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial).

E) De colaboración: conforme a una clasificación de los contratos mercantiles, "en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica (empresa) de la otra".⁴⁰

F) Intuitu personae: pues se celebra en base a las características personales de las partes; sobre la base de confianza.

En relación al anterior punto que destaca el autor citado, relativo a la característica de ser un contrato intuitu personae, es oportuna mencionar que esa calidad la tiene por el hecho de que son derechos personalísimos normalmente, de acuerdo al clausulado del contrato, se estipula no pueden ser cedidos o sublicenciados o subfranquiados a ninguna otra persona, toda vez que el otorgamiento de la franquicia está sometido a un proceso de análisis muy profundo para determinar que la persona del franquiciatario cumplirá con todas las condiciones necesarias para operar adecuadamente la franquicia.

La mención que hace el autor de que la franquicia se otorga en base a confianza, no parece muy adecuada, toda vez que el otorgamiento de una franquicia presupone, por ambos lados, un estudio pormenorizado de las características de la parte contraria, con el objeto de determinar que efectivamente se cumplen con todos los requisitos necesarios para que el negocio sea exitoso, ya que la franquicia, como se ha explicado en otros apartados, establece una relación muy estrecha entre franquiciante y franquiciatario, que debe partir de la

⁴⁰ BROSETA PONT, Manuel, "MANUAL DE DERECHO MERCANTIL", 7ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 392

base del conocimiento exacto de las características de la otra parte, y no solamente ser otorgada en base a la confianza.

G) Es a largo plazo o de tracto sucesivo; ya que sus prestaciones se cumplen en el tiempo.

H) Generalmente de adhesión, puesto que una de las partes (franquiciante) hace unilateralmente el contrato y a la otra parte sólo se le deja la posibilidad de aceptarlas.

Es muy importante, señalar en relación a éste punto, una situación que se presenta en el contexto de nuestro país, y que repercute en que necesariamente deba intentarse, en todos los casos, eliminar la consideración del contrato de franquicia como un contrato de adhesión, propuesto por el franquiciante.

Ello deriva de la consideración de que en nuestro país las franquicias están involucradas en un mercado totalmente diferente al norteamericano, y que por lo tanto requieren de una serie de ajustes y modificaciones para adaptarlas a nuestras circunstancias.

Ello hace, que de alguna manera, el franquiciatario deba en todos los casos tratar de negociar con el franquiciante, la modificación de aquellas cláusulas que considere inconvenientes o no aplicables dentro de nuestro sistema normativo, buscando en todos los casos las condiciones más favorables para la operación de la franquicia.

Es precisamente en este punto, donde se justifica plenamente la intervención de un licenciado en derecho, en la negociación o el contrato de franquicia, ya que puede negociar, desde una perspectiva jurídica, la redacción y consecución de cláusulas claras y convenientes para el tipo de negocio que se pretende desarrollar.

Si el franquiciatario, simple y llanamente acepta las cláusulas impuestas por el franquiciante, evidentemente se encontrará en una situación de desventaja, ya que normalmente son contratos que en todos los puntos defienden y protegen absolutamente los intereses del franquiciante.

I) Atípico: porque no está regulado en la legislación mexicana en cuanto a la relación de derecho privado entre las partes contratantes. La regulación de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial es de carácter administrativo y registral.

4. ELEMENTOS PERSONALES DE CONTRATO DE FRANQUICIA.

El franquiciante y el franquiciatario son, generalmente, comerciantes. Esta característica se deriva de que estén constituidos bajo alguna de las formas de sociedad mercantil que previene la Ley de Sociedades Mercantiles; de que sean personas físicas que se dediquen habitualmente a los actos previstos como comerciales (Artículo 75 del Código de Comercio); o que la celebración de la franquicia los convierta en comerciantes, pues el objeto del contrato es la licencia de uso de marca y la transferencia de tecnología para

explotar una empresa de productos o servicios o crear distribuidores para la reventa de productos. Se puede encontrar que el franquiciante es una persona (física o moral) extranjera y en ese caso debe determinarse cómo actúa en México, de donde proviene la tecnología, cómo se pagan las regalías (aspecto fiscal); o, si tiene inversiones en México el apego de ellas a la Ley de Inversiones Extranjeras y su correspondiente Reglamento.

Las partes necesitan una capacidad general para contratar, y no se requiere capacidad especial alguna.

Cuando las partes franquiciante y franquiciatario actúan por medio de representante lo cual es necesario para las personas morales (representación orgánica), las facultades que necesita el representante son, en principio, las de actos de administración conforme a la clasificación general para actos de carácter patrimonial (dominio, administración y pleitos y cobranzas) que previene el Artículo 2554 del Código Civil. Los órganos sociales tienen, por su nombramiento, facultades para realizar el fin social, esto incluye las de administración, propias para celebrar la franquicia. En una sociedad anónima, como la sociedad preponderante y la que contiene en la legislación mexicana la normativa más desarrollada, pueden celebrar el contrato de franquicia el consejo de administración (como acto de un cuerpo colegiado), el administrador único, el gerente (o director) general y los apoderados generales para actos de administración. Puede ser posible que en una sociedad

por estatutos se limite la facultad de celebrar u otorgar franquicias a determinado órgano social. Por ejemplo como facultad exclusiva de la asamblea extraordinaria de accionistas; de la asamblea ordinaria; del consejo de administración; de un comité directivo creado para dicho efecto.

5. ELEMENTOS REALES DE CONTRATO DE FRANQUICIA.

Como elementos reales tenemos:

A) La marca: La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial nos dice en su Artículo 88 que la marca "es el signo visible que distingue productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado" (Artículo 88 Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial). En la definición del contrato de franquicia se destaca como elemento esencial del mismo, que lo distingue de otros afines, "la licencia de uso de marca para producir o vender bienes o prestar servicios de una manera uniforme" (Artículo 142 Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial).

La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial regula a las marcas como signos distintivos de productos o servicios, que dan derecho al titular a un uso exclusivo. La marca debe usarse a efecto de que no se extinga, es decir, debe tener un uso (Artículo 115, Fracción II) que hace el titular, por sí mismo o por medio de "usuarios autorizados" (Artículo 141 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial).

Las marcas se clasifican en marcas de artículos o productos y marcas de servicios, y éstas a su vez se clasifican en clases, que atienden al producto o servicio que protegen (Artículo 93).

El contrato de franquicia deberá incluir las marcas de productos y servicios que serán materia de autorización por parte del licenciante, con la especificación del número de registro de la marca, el signo distintivo que constituye la marca y los productos o servicios que ampara. Es usual que en un anexo del contrato se incluyan estos elementos: identificación genérica, número de registro, dibujos de las marcas no registradas, que técnicamente no son marcas, pero que pueden estar en proceso de registro.

B) Las patentes: Otro de los elementos reales son las patentes, que en el Artículo 70 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial se dice que las patentes son "el privilegio +que otorga el estado para explotar una invención nueva, susceptible de aplicación industrial". La Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial contiene una amplia regulación de las patentes. La Ley establece que el derecho de explotación exclusivo puede hacerlo su titular por sí o por otros con su permiso (Artículos 62 y 63 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial). Para efectos de la franquicia, la patente no es necesariamente objeto del contrato, sino que sólo se da en aquellos casos en el que franquiciante, en la explotación del negocio objeto de la franquicia, tiene procesos de fabricación, manufactura o el producto correspon-

diente, protegido por alguna o algunas patentes que requieren de que se autorice el uso para los franquiciatarios.

Cuando el contrato de franquicia incluye la autorización de explotación de una o varias patentes, las patentes deben identificarse en el contrato con su número, fecha de expiración y el o los inventos, procesos o productos que ampara. Generalmente esta descripción se agrega en un anexo del contrato.

C) La tecnología: Es un elemento de mucha importancia en el contrato de franquicia.

La tecnología debe estar referida a la explotación de una empresa o negociación mercantil concreta. "Desde un punto de vista económico, la empresa es una organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o servicios para el mercado"⁴¹. La tecnología, jurídicamente, es el conjunto de cosas y derechos combinados para poder obtener u ofrecer al público bienes o servicios, sistemáticamente y con el propósito de lucro.

Es importante apuntar, de acuerdo a los fines de esta tesis, que a la acepción tecnología se le debe asignar un mayor alcance, entendiendo por tecnología, "El conjunto de conocimientos que permiten hacer algo", este concepto, aparentemente amplio es el resultado de un exceso en la explotación que el término tecnología ha venido

⁴¹ Idem. p.97

sufriendo en nuestra sociedad, pero es el que, a mi modo de ver, explica de mejor manera lo que es la tecnología, es un concepto que va más allá del estricto concepto de know-how, y que también, desborda el concepto que se pueda tener de conocimiento protegido por la vía de la patente. De alguna manera, el término tecnología agrupa toda esta serie de conjuntos específicos de conocimientos tecnológicos, que manifiestan algún tipo de nota distintiva como para particularizarlos del resto de conocimientos tecnológicos.

Es evidente, entonces, que la tecnología es un elemento que de manera necesaria debe concurrir en el contrato de franquicia, como uno de sus objetos, ya que invariablemente en un negocio de franquicia existirá un traspaso o transferencia de tecnología del franquiciante al franquiciatario, toda vez que éste debe aprender de aquel la forma de ejecutar los pasos necesarios para administrar y explotar comercialmente la unidad franquiciada.

Los elementos que conforman la empresa son unos incorporeales y otros corporales. Los incorporeales es la llamada genéricamente "propiedad industrial", que comprende el nombre comercial, la muestra, las marcas, las patentes y también los avisos comerciales.

D) El nombre comercial: el aviso o anuncio deben tener señalada una originalidad que distinga fácilmente a todos aquellos bienes o servicios de otros de su especie. El maestro Mantilla Molina nos dice que "el nombre comercial es el nombre de un establecimiento o de una

negociación mercantil, no es el nombre de un comerciante, el nombre de una cosa, no de una persona."⁴²

Nuestra Ley apunta que "El nombre comercial de una empresa o establecimiento industrial, comercial o de servicios y el derecho a su uso exclusivo estarán protegidos, sin necesidad de registro" (Artículo 105). También nos señala que puede existir licencia de uso de nombre comercial (Artículo 112).

En el aviso comercial es el derecho exclusivo a usar "frases u oraciones que tengan por objeto anunciar al público establecimientos o negociaciones industriales, comerciales o de servicios, e impedir que otras personas hagan uso de los mismos para distinguirlas fácilmente de las de su especie" (Artículo 100 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial). En el contrato de franquicia el nombre comercial va generalmente ligado al uso de las marcas y complementa a éstas.

Un punto que es sumamente importante destacar en esta tesis, es el relativo a la protección legal que en los Estados Unidos de Norteamérica en esta fecha se ha empezado a dispensar a la apariencia o imagen de los establecimientos o productos ("trade dress"), concepto que consiste en la consideración de que los elementos de apariencia de una negociación mercantil, cuando generan una imagen

⁴² MANTILLA MOLINA, Roberto, "DERECHO MERCANTIL", 28ª edición, Editorial Porrúa, México, 1992, p. 132

peculiar deben ser protegidos a efecto de que otras negociaciones no adopten los mismos elementos para generar una imagen semejante, que pueda confundir al público consumidor, con independencia de la imitación de los signos distintivos, que es un elemento protegido en forma independiente.

Se ha considerado que como elementos generadores de la imagen del negocio, deben considerarse los colores, el diseño y la disposición del mobiliario, la iluminación, los elementos decorativos, ornamentales y constructivos o de diseño arquitectónico, etc, es decir, todos aquellos elementos que sumados hacen que un negocio tenga una cierta ambientación o atmósfera que le son propias.

Es evidente que en el caso de las franquicias el concepto de la apariencia del negocio, puede llegar a tener una importancia trascendental también en nuestro país, ya que son negocios que buscan precisamente la uniformidad de la imagen que proyectan al consumidor, a través de la coincidencia total de sus elementos de arquitectura, estilo, decoración, etc., de tal manera que una imitación de estos elementos pudiera traer como consecuencia que el público consumidor asocie o considere que las negociaciones guardan alguna relación entre sí, en detrimento del titular de la franquicia.

Es importante destacar que nuestro sistema jurídico contiene ya el tipo de una conducta contraria a derecho para el caso de que un establecimiento se preste a confusión con otro ya establecido y que satisfaga las características requeridas para conferirle alguna dis-

tintividad, el cual aparece regulado en la fracción IX del Artículo 213 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, el cual establece que es una infracción administrativa efectuar, en el ejercicio de actividades industriales o mercantiles, actos que causen o induzcan al público a confusión, error o engaño, por hacer creer infundadamente:

- a) La existencia de una relación o asociación entre un establecimiento y el de un tercero;
- b) Que se fabriquen productos bajo especificaciones, licencias o autorización de un tercero;
- c) Que se prestan servicios o se venden productos bajo autorización, licencias o especificaciones de un tercero.

No obstante que con base en la disposición jurídica arriba expuesta es posible impedir que terceros se valgan de la imagen desarrollada por un prestador de servicios, industrial o comerciante, sería conveniente que en un futuro, se llegue a incluir el concepto de la apariencia del negocio como un elemento específico de protección dentro de la legislación de propiedad industrial, con la intención de que en dicho precepto se definiera en forma precisa la forma en que se constituye y protege la imagen de los establecimientos y los productos y así evitar, de manera más efectiva, actos de competencia desleal por la vía de la imitación de estos elementos.

Algunos autores ya sugieren formas prácticas para la adopción de una imagen, tales como:

i.- Procurar la originalidad en el diseño, tanto del establecimiento como de la decoración, el mobiliario, la distribución de éstos, etc.

ii.- Asegurarse de que los elementos empleados para configurar la imagen del establecimiento no sean empleados masivamente en la industria.

iii.- Utilizar los elementos que conforman la imagen del establecimiento constantemente en la publicidad.

iv.- Buscar hacer referencia en la publicidad y la literatura promocional a los elementos propios de la imagen del negocio o producto de que se trate.

v.- Tomar las providencias necesarias para que los elementos básicos de la imagen del negocio o producto se reproduzcan en toda la publicidad y literatura promocional.

vi.- Combatir cualquier uso de los elementos de imagen del establecimiento por terceros, recurriendo a las vías que el régimen jurídico establecido reconoce.

Un elemento esencial del contrato de franquicia es que el franquiciante "transmita conocimientos técnicos o proporcione asistencia técnica". El primer concepto se conoce, generalmente, como know-how, que es la abreviatura de "know how to do it" (saber cómo

hacerlo), comprende invenciones, procesos, fórmulas o diseños que no están patentados o no son patentables, que se evidencian a través de alguna forma física como dibujos, especificaciones o diseños que incluyen casi invariablemente secretos comerciales y que pueden comprender también experiencia técnica acumulada y habilidad práctica y que, la mejor forma para transmitirse es a través de servicios personales.

Por lo tanto el know-how aparecerá siempre como materia del contrato de franquicia, aunque su alcance y definición específica sea muy vaga. Incluye una gran parte de experiencia que es generalmente secreta, y puede variar durante la vigencia del contrato, pues el franquiciante hará saber los cambios y actualidad de los conocimientos desarrollados para el mejor modo de explotar el negocio. El know-how, así como la variedad de medios para su transmisión, debe especificarse en términos generales en el contrato y remitir los detalles a manuales, instructivos, diseños y otra clase de información.

Se dice que la asistencia técnica es "un flujo de instrucciones, directivas o consejos suministrados en la medida en que son requeri-

dos para la conducción u operación de un proceso determinado".⁴³ Este proceso se puede confundir con algunos conocimientos técnicos de know-how, pero tiene como característica el que generalmente se preste en forma general por técnicos o personal del franquiciante; por expertos o consultores. Y por lo anterior supone para el franquiciante "una obligación de hacer", que debe cumplirse durante la vigencia del contrato.

E) La asesoría, consultoría y supervisión: Son complemento natural de la transferencia de conocimientos técnicos y, en muchas ocasiones, este supuesto está ya comprendido en algunos de los anteriores como el know-how o la asistencia técnica. Como elemento real del contrato de franquicia se pacta como una obligación general del franquiciante que completa al resto de los otros deberes contractuales.

F) La contraprestación que debe pagar el franquiciatario: Si el contrato es oneroso, como en la mayoría de los casos, puede ser en dinero o en especie. En dinero, la contraprestación puede ser en moneda nacional o en moneda extranjera, ya que no hay ninguna limitante en que las operaciones mercantiles se celebren en moneda extranjera. Si se pacta el pago en moneda extranjera, se recomienda fijar en el contrato el tipo de cambio al que habrá de efectuarse el pago, el momento en que éste debe considerarse, que usualmente será

⁴³ PERA LE, Sergio, citado por ALVAREZ SOBERANIS, "LA REGULACION DE LAS INVENCIONES Y MARCAS Y DE LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA", p. 323

el momento del pago, y en algunas ocasiones la forma de pago: giro bancario, transferencia directa, depósito en alguna cuenta extranjera, y la retención de impuestos que realiza el franquiciatario (impuestos algunas veces acreditables en el país del franquiciante).

Si el pago se hace en especie, debe determinarse en el contrato cómo va a valorarse el bien o bienes materia de la contraprestación. Por la naturaleza del contrato de franquicia se considera que la especie puede ser una parte de los productos fabricados o manufacturados que son materia de la franquicia, o acciones (ordinarias o de voto limitado) de la sociedad franquiciataria, siempre que este pago cumpla con los límites de participación extranjera -si el franquiciante es extranjero- que marca la Ley de Inversiones Extranjeras y su correspondiente Reglamento (Reglamento de la Ley de Inversiones Extranjeras).

El pago de la contraprestación puede ser:

a) Un solo pago, es decir, el pago será a la celebración del contrato o en un plazo que en el mismo se establece, que resulta como pago de precio por la venta de la franquicia, entendida como privilegio, como derecho a explotar la negociación mercantil.

b) Como pago de regalías (royalties) o pagos periódicos relacionados con los resultados de la explotación de la negociación. Nos dice el Black's Law Dictionary, entre otras de sus acepciones, que las rega-

lías son "compensación por el uso de un bien generalmente registrado, de cosas o recursos naturales, que se expresa como un porcentaje de los beneficios obtenidos por el uso del bien o por una cantidad como unidad producida."⁴⁴ Las regalías deben ser claramente descritas. Frecuentemente es sobre "ventas netas", lo cual automáticamente compensa la inflación. En el contrato se debe determinar la base de las regalías y aclarar qué debe entenderse por la misma, por ejemplo, ventas netas incluye ventas brutas menos empaque, fletes, impuestos, devoluciones, bonificaciones, etc. El monto de las regalías se fija libremente por las partes. El porcentaje de la regalía puede ser que varíe durante la vigencia del contrato, y aún desglosarse por diversos conceptos como porcentajes de ventas netas por el uso de la marca y por el uso de nombre comercial. Existe la posibilidad de que el contrato establezca que el franquiciante perciba una retribución fija anual.

La contraprestación puede ser una combinación de un pago inicial y de regalías, y éstas a su vez pueden ser en dinero, en especie, en moneda nacional o extranjera y sobre distintas bases, todas relacionadas directa o indirectamente con los resultados de la negociación materia de la franquicia.

El contrato de franquicia puede ser también gratuito, ya que la contraprestación no es un elemento esencial en el contrato.

⁴⁴ BLACK'S LAW DICTIONARY, 6ª edición, Editorial West Publishing Co., E.U.A. 1991 p. 925

Generalmente el contrato de franquicia es un contrato oneroso y se tiene la obligación de pagar una contraprestación.

G) La exclusividad: Es otro elemento real de este contrato. Puente Muñoz⁴⁵ apunta que la exclusividad es: "En su aspecto negativo representa una limitación a la libertad contractual, al imponer al concedente de la exclusiva la obligación de no celebrar una clase determinada de contratos con persona distinta al concesionario, o a éste la de no concluirlos con otro que no sea el concedente."

Los elementos de validez que conforman la exclusividad son el plazo y el territorio o espacio físico en el que se desenvuelve su eficacia. En el contrato de franquicia el espacio geográfico puede delimitarse mediante un territorio en donde el franquiciatario podrá explotar la franquicia por medio de diversos establecimientos de franquicia maestra (área de desarrollo de franquicia, con posibles subfranquicias); o para un establecimiento o negociación mercantil concreta y determinada, en la que el licenciante autoriza la localización (franquicia unitaria).

6. ELEMENTOS FORMALES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.

Hay contratos a los que el legislador asigna una forma necesaria para su validez. En ella la voluntad debe ser exteriorizada precisamente

⁴⁵ PUENTE MUÑOZ, Teresa, "EL CONTRATO DE CONCESION MERCANTIL", Editorial Montecorvo, Madrid, 1976 p. 108

de la manera exigida por la Ley, pues de otra forma el acto puede ser anulado.

El contrato de franquicia, como contrato atípico no regulado por la legislación mexicana, en un principio, no tiene forma impuesta por la Ley. Sin embargo, como un contenido esencial de la franquicia es la autorización o licencia del uso de una o varias marcas, o nombres comerciales, este acto jurídico sí requiere, para su validez, el que se otorgue por escrito, y en casi todos los casos, que se inscriba en ciertos Registros (Artículo 142 Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial).

El Artículo 136 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial señala que el titular de una marca registrada podrá conceder mediante convenios, licencia de uso a una o más personas. Este contrato debe inscribirse en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial para que produzca efectos en perjuicio de terceros. (Artículo 136 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial). El medio para inscribir un contrato es que se otorgue por escrito.

7. OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL FRANQUICIANTE.

Siguiendo lo que opina Arce Gargollo⁴⁶, Las obligaciones del franquiciante que nacen del contrato de franquicia son muy variadas y distintas en cada contrato particular, por la materia de la concesión

⁴⁶ ARCE GARGOLLO, Javier, Op. Cit. p. 43

involucrada. Si el franquiciante concede el uso de la marca y el nombre comercial para un negocio de naturaleza comercial, en el que el franquiciatario se limitará a distribuir o comercializar productos que fabrica o distribuye el franquiciante, las obligaciones del franquiciante podrán involucrar las propias de un suministrador, o de un proveedor o empresa en un contrato de distribución. Si el franquiciante concede la franquicia para un producto que debe fabricarse, ensamblarse, prepararse por el concesionario, sus obligaciones incluirán la provisión de tecnología, especialmente know-how y asesoría sobre proveedores, técnicas de fabricación y otras. En la franquicia referente a servicios, el franquiciante está obligado a proporcionar tecnología propia para la prestación del servicio y quizá hacer un énfasis especial en la capacitación del personal del franquiciatario y en una supervisión más estricta.

Principales obligaciones del franquiciante en el contrato de franquicia:

A) Conceder la licencia de uso de marcas. La licencia de uso de la marca es una de las obligaciones esenciales de este contrato. Esta obligación tan importante es la que va a distinguir un contrato de suministro, de distribución o de simple transferencia de tecnología, de uno de franquicia, aún cuando en éste último aparezcan obligaciones propias de esos contratos.

B) Autorizar el uso de nombres comerciales. No siempre será materia del contrato de franquicia el nombre comercial o aviso comercial, aún

y cuando en ciertos productos o servicios pueden ser de la mayor importancia y estén ligados a las marcas autorizadas. Como en el caso de las marcas, debe especificarse el nombre o aviso comercial, la forma en que debe usarse y el lugar autorizado para su uso.

C) Concesión para la explotación de patentes. Esta es otra de las obligaciones que no siempre se da en el contrato de franquicia. Cuando el tipo de producto o de servicio, o ambos, materia de la franquicia, requieran para la explotación por un tercero de la autorización de uso de una o varias patentes, el contrato de franquicia debe incluir como obligaciones del franquiciante la autorización de explotación de dichas patentes. Para cumplir con esta obligación, el concedente debe especificar las patentes registradas materia del contrato, los productos o procedimientos que ampara y proveer de la tecnología y transmisión de conocimientos al franquiciatario para una eficaz explotación de las mismas.

D) Proveer la tecnología. Se refiere a los conocimientos técnicos que el franquiciante debe transmitir, para una eficaz explotación de la negociación mercantil que es objeto de la franquicia. Esta obligación tan general es necesario detallarla en el contrato o en manuales o anexos del mismo contrato que va a desarrollar su cumplimiento por parte del franquiciante. Los medios o procedimientos para la transmisión permanente de la tecnología pueden ser muy variados y, esta obligación, puede cambiar durante la vigencia del contrato respecto a diversa tecnología que el franquiciatario requiere en eta-

pas distintas del desarrollo del negocio. Esta es una obligación de hacer y de tracto sucesivo. Algunas obligaciones específicas que pueden desarrollarse en el contrato son:

a) Dar información oral y escrita sobre el lugar geográfico conveniente para la instalación del establecimiento o lugares concretos donde se va a explotar la franquicia. Esta obligación suele incluir la aprobación de los diseños, equipo, instalaciones, estándares, distribución de planta, decoraciones, especificaciones, normas, mobiliario, signos distintivos, publicidad externa, etc.

b) Enviar manuales, guías, procedimientos de operación de la negociación; e información completa que permita la óptima explotación del negocio. Cardelus⁴⁷ sobre este punto comenta que "Esta documentación contenida en el manual operativo no es estática, sino que ha de ser dinámica y constantemente actualizada y puesta al día por el franquiciante."

c) Deberá prestar asistencia técnica y toda clase de asesoría útil y necesaria al franquiciatario para la aplicación de la tecnología. Esta obligación se tiene que cumplir durante la vigencia de todo el contrato y es a solicitud del franquiciatario o cuando el franquiciante lo juzgue oportuno. Se deben otorgar al franquiciatario documentos, videocassettes, manuales operativos y todos los medios

⁴⁷ CARDELUS I. GASSIOT. Lluís, Op. Cit., p. 64

necesarios para el desarrollo de la tecnología.

d) Enviar técnicos, supervisores y personal calificado y con experiencia que conozca la explotación del negocio para que de esa manera capaciten a las personas que por parte del franquiciatario explotarán y llevarán la operación de la negociación. En algunos casos el franquiciante cuenta con programas de capacitación y entrenamiento previamente desarrollados por él.

e) Determinar estándares de calidad. Esta obligación del franquiciante es también complemento de su derecho a inspeccionar y supervisar periódicamente al franquiciatario. El franquiciante debe buscar siempre la "uniformidad del producto o servicio" que el franquiciatario presta amparado por las marcas y nombres comerciales cuyo uso se autoriza en el contrato. Puede haber una variación en los estándares de calidad del producto o servicio durante la vigencia del contrato y el franquiciante está obligado a notificarlo al franquiciatario.

En cuanto a la uniformidad que debe de existir en los productos o servicios de la franquicia Cardelús⁴⁸ afirma que "En el franchising es básico para conseguir la homogeneidad del producto que el franquiciante tenga la facultad de controlar el proceso de calidad del producto o servicio para no desprestigiarse ante sus clientes".

⁴⁸ Iden. p. 63

E) Otras obligaciones:

a) Si la franquicia está referida a un negocio de naturaleza comercial en la que el franquiciatario requiere del producto fabricado o suministrado por el franquiciante para la explotación del negocio, éste tendrá las obligaciones propias

de un suministrador para entregar periódicamente el producto en el volumen, cantidades, plazos y establecimientos pactados. Los gastos de entrega son por parte del franquiciatario, aunque se pueden incluir en el precio.

b) En contratos de franquicia en los que el franquiciatario es distribuidor, el franquiciante puede otorgar en comodato el uso de equipo o instalaciones apropiadas para la explotación de la negociación. Los gastos de mantenimiento o reparaciones deben pactarse a quien corresponden.

c) En algunos casos se deberá realizar la publicidad, necesaria para la venta o conocimiento del producto o servicio materia de la franquicia. En estos gastos de publicidad puede el franquiciatario estar obligado a cubrir parte de los gastos, es decir, si así se estipula, tendrá que colaborar.

d) En ciertos contratos, y cuando el desarrollo del contrato o del negocio lo necesite, procesar la información contable, financiera y de producción del franquiciatario.

F) Derecho de inspección. El franquiciante tiene durante toda la vigencia del contrato de franquicia un derecho para inspeccionar, supervisar y conceder en detalle la operación y desarrollo de la explotación de la negociación por parte del franquiciatario. Este derecho puede ser muy amplio y generalmente incluye: inspeccionar y supervisar, en cualquier momento, el establecimiento del franquiciatario y la prestación del servicio o la venta de los productos; pedir muestras o tomarlas para hacer los análisis correspondientes a fin de verificar la calidad del producto y su "uniformidad"; solicitar información adicional para conocer algún aspecto, en detalle, sobre la operación del negocio; conocer la comercialización, publicidad, sistemas de ventas, etc, del franquiciatario; analizar la información financiera, contable, administrativa, laboral (personal ocupado, puestos, sueldos, etc.), y fiscal del franquiciatario; y, en general conocer todos los elementos y procedimientos de explotación de la franquicia. Tiene por objeto verificar los "métodos operativos, comerciales y administrativos" del franquiciatario para mantener "la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios" materia de la franquicia.

Este derecho no es irrestricto y, algunas veces, conviene detallar su ejercicio en el contrato. Tiene como límite natural el que se ejerce por el franquiciante con el fin de determinar el cumplimiento del contrato de franquicia, la correcta aplicación de la tecnología transmitida, la uniformidad y calidad del servicio y producto objeto de la franquicia. Por tanto, este derecho no debe entorpecer ni

afectar la operación normal de la negociación. Al ejercitar el derecho, el franquiciante pretende una más eficaz y rentable explotación de la negociación. Este derecho se ejerce "colaborando", pues la franquicia es un contrato de colaboración.

Este derecho, puede ser ejercido además del franquiciante por personas autorizadas por el propio franquiciante, como técnicos o especialistas en determinada área de operación de la negociación. Por ejemplo, en materia de instalaciones puede enviar expertos en ingeniería, diseño, arquitectura; en contabilidad una firma autorizada que practique auditoría, expertos fiscales, etc.

8. OBLIGACIONES DEL FRANQUICIATARIO

El mismo autor⁴⁹, las resume en los puntos siguientes:

A) Usar las marcas. El franquiciatario no sólo tiene derecho a usar las marcas de productos o servicios que le autoriza el franquiciante, sino, tiene, en ocasiones, deber u obligación de usarlas. La falta de uso de las marcas como "usuario autorizado" para determinado país o territorio puede originar que las marcas "caduquen" para su titular por falta de uso (Artículos 152, Fracción IV, y 141 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial).

"El uso autorizado de una marca se equiparará al efectuado por el titular de la misma para todos aquellos efectos a que haya lugar.

⁴⁹ *Ibidem* p. 72

(Artículo 141 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial).

El usuario registrado podrá tomar las medidas legales tendientes a impedir la falsificación, imitación o uso ilegal de la marca (Artículo 140 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial).

Un aspecto muy importante a considerar en esta tesis, es el incluido en el párrafo anterior al que los autores conceden más importancia que su simple mención, y es el consistente en la posibilidad de que el usuario de la marca registrada calidad de que se adquiere por virtud del contrato de franquicia, puede interponer las acciones tendientes a impedir la utilización no autorizada de la marca por un tercero.

Normalmente, los contratos de franquicia incluyen una prohibición al respecto, con el objeto de reservar al franquiciante la decisión y posibilidad de interponer las acciones conducentes, ya que normalmente al franquiciante no le gusta ceder o delegar la responsabilidad del seguimiento de los juicios a la entidad del franquiciatario.

Sin embargo, una cuestión no resuelta por nuestra legislación, relativa a la posibilidad de que el franquiciante no lleve a cabo todas las gestiones legales conducentes a impedir la imitación, lo que evidentemente podría estar transgrediendo los derechos de

exclusividad que le fueron cedidos al franquiciatario, y para los cuales tiene garantizado un territorio.

Esta circunstancia, desde luego, manifiesta una contradicción, que la legislación de propiedad industrial no resuelve, por lo que sería conveniente contemplarlas en futuras enmiendas a dicho cuerpo normativo.

El franquiciatario debe usar las marcas conforme a lo establecido en el contrato de franquicia y, a falta de pacto, o como complemento de ésta, el concesionario debe hacerlo "tal como fue registrada" (Artículo 139 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial); aplicarla a productos o servicios con la "calidad, forma y naturaleza equivalentes a los fabricados o prestados por el concedente" (Artículo 139 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial); y deberá indicar que el franquiciatario es usuario autorizado o vende los productos y presta los servicios de dichas marcas con licencia del titular.

B) Usar los nombres comerciales y explotar las patentes. Igual que con las marcas, el franquiciatario tiene derecho a usar los nombres comerciales y los avisos comerciales, así como explotar las patentes. Pero, no solo son derechos para el franquiciatario sino que quieren decir también obligaciones para él, quien debe usar y explotar, pues el derecho sobre el nombre comercial se pierde si no se usa en un establecimiento. Respecto a la patente existe por Ley la obligación de explotarla (Artículo 73 de la Ley

de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial); y la no explotación puede ser causa de caducidad (Artículo 80 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial).

C) Situar el establecimiento con aprobación del franquiciante. El franquiciatario debe seleccionar y determinar el lugar donde se ubicará el establecimiento para la explotación de la negociación, sujeto a la aprobación y a las especificaciones de construcción, instalación, decoración, distribución del local, mobiliario, publicidad equipo, etc., que le señale el franquiciante.

D) Cumplir los requerimientos de uso y aplicación de los conocimientos técnicos. El uso de la tecnología y su aplicación en la explotación de la negociación con todo lo que ello implica, debe hacerlo el franquiciatario de acuerdo a las reglas, normas, estándares que le fija el franquiciante. Los detalles del cumplimiento de esta obligación deben concretarse en cada contrato. Supone recibir instrucciones que puedan variar durante la vigencia del contrato.

E) Seguir todas las especificaciones sobre organización del negocio.

Esta obligación es muy amplia, pues supone que durante la operación de la negociación deberá ajustar su actuación, en diferentes áreas de administración y organización, a lo que fije el franquiciante. Puede incluir:

- Seguir y completar los programas de entrenamiento y capacitación.
 - Preparar y seguir los sistemas de contabilidad y los reportes financieros en la forma que señale el franquiciante.
 - Contratar determinada clase de personal y someterlo a entrenamiento.
 - Mantener un mínimo de horas diarias de servicio a clientes.
 - Reacondicionar y renovar periódicamente el local y mantenerlo en determinadas condiciones.
 - Adquirir del franquiciante o de determinados proveedores cierta materia prima, equipo, partes, productos, servicios.
 - Vender a los precios y condiciones que le señale el franquiciante.
- "En los contratos de franquicia caracterizados por una casi total identificación de todos los franquiciados con la empresa madre del franquiciante la identidad de los precios asume una necesidad fundamental para la reputación de la red."⁵⁰

Un aspecto de vital importancia en el tema de franquicias que en los Estados Unidos ha recibido el nombre de "Cláusulas de Atadura", es el relativo a la obligación de observar ciertos precios para el consumidor, en todas las unidades franquiciadas, así como los compro-

⁵⁰ Ibid. p. 112

misos de no competencia que suelen incluir los contratos de franquicia.

Estos dos aspectos, en alguna medida, pueden considerarse como contrarios a las disposiciones de nuestra Constitución Política, ya que atentan en contra de la "Libertad de Trabajo", consagrada en el Artículo 5 de nuestra Carta Magna.

Por una parte, es un derecho del comerciante la posibilidad de ofrecer sus productos a los precios que considere convenientes, sin sobrepasar los precios máximos que en ciertos casos nos establece la propia Ley. Sin embargo, es cuestionable que al franquiciatario se le obligue a ofrecer su producto a un cierto precio, cuando pudiera ofrecerlo a un precio menor con la intención de lograr una mayor clientela, y de beneficiar, de paso, al consumidor que puede obtener el mismo producto a un menor costo.

Por otro lado, el hecho de que a un franquiciatario se le impida operar un negocio del mismo tipo de la franquicia, durante la vigencia del contrato, e incluso de manera posterior, en mi opinión debe considerarse definitivamente inconstitucionales ya que, siendo una actividad lícita está respaldado por el Derecho Constitucional al trabajo, y consecuentemente, las cláusulas incluidas en el contrato de franquicia relativas a esta restricción, deben, en mi opinión, reputarse nulas y entenderse como no puestas.

F) Pagar la contraprestación. Es una de las más importantes obligaciones que tiene el franquiciatario de pagar la contraprestación pactada. Esta contraprestación puede ser:

- El pago inicial de una cantidad fija, no por producto alguno, servicio o tecnología, sino simplemente por el privilegio de obtener la franquicia y ser franquiciatario.

- El pago periódico de regalías como contraprestación por la continua asistencia y tecnología que proporciona el franquiciante para que la negociación mercantil siga operando. También esta regalía es contraprestación por el uso de las marcas, nombres y avisos comerciales y la explotación de patentes. En el contrato se puede determinar qué porcentaje sobre la base de regalías corresponde a cada uno de estos conceptos, o fijarse una tasa o porcentaje global.

Un caso no previsto por los autores antes citados, en el tema relativo al pago de regalías periódicas por la explotación de la franquicia, es el sistema al que algunos franquiciantes están recurriendo, consistente en aquellas franquicias en que existe la figura del franquiciante como proveedor de los insumos o de los productos en el incremento, sobreprecio o ganancia que el franquiciante obtiene por la venta de los productos al franquiciatario, y que en ciertos casos es precisamente la utilidad total que el franquiciante obtiene en su favor, no existiendo posterior pago de regalías por la venta de los productos al público, lo que nos parece un sistema sumamente justo y que la legislación de-

be contemplar como una opción para que el franquiciante tenga un doble cobro derivado de la venta de los insumos al franquiciante, y su posterior comercialización hacia el público consumidor.

G) En algunos casos, el franquiciado estará obligado a adquirir un nivel de stock del producto o servicio en todas las modalidades del franchising, para que la clientela pueda obtener aquel producto sin problemas de espera o demora que demeritarán la negociación.

H) Informar periódicamente. El franquiciatario tiene la obligación de informar al franquiciante del desarrollo de la negociación mercantil. Esta información tiene muchos objetos, como: sirve para determinar las regalías periódicas sobre los resultados obtenidos, para verificar el cumplimiento de todas las normas, la uniformidad de los productos y servicios prestados, la necesidad de que el franquiciante preste mayor asistencia o señale directrices de cómo se aplica la tecnología y muchos otros.

Este informe es básicamente económico, sobre los resultados de la negociación: ventas, costos, utilidades, productos vendidos (en unidades), etc. Generalmente se hace en formatos que proporciona el franquiciante. Esta obligación muchas veces incluye la de enviar anualmente estados financieros de la negociación auditados por una firma determinada que señala el mismo franquiciante.

Aunque no es parte de la obligación de informar, sino de la organización financiera del negocio, en el contrato se pueden señalar

ciertos estándares financieros que debe cumplir el franquiciatario, como las proporciones de activo circulante respecto al pasivo a corto plazo, el pasivo total respecto al capital contable y muchas otras razones financieras.

I) Guardar secreto. El franquiciatario está obligado a no divulgar a terceros ninguna información confidencial sobre tecnología o la operación misma de la negociación, o la propia franquicia. Esto implica no comunicar o usar, en beneficio que no sea propio, la tecnología, conocimientos, know-how y cualquier clase de información recibida del franquiciante, es decir, tiene que guardar el secreto de la negociación.

En párrafos precedentes hicimos ya el comentario del nuevo régimen legal de nuestro país que de alguna manera actualiza y armoniza este tema a la regulación que internacionalmente se ha ido desarrollando al respecto, y que busca preservar, al máximo, las ventajas que para una empresa significa utilizar cierta información en forma confidencial o reservada.

El ejemplo más claro que podemos citar de como un secreto industrial puede llegar a significar una gran ventaja comercial, es el conocido caso de la fórmula de los refrescos Coca-Cola, ya que dicha fórmula se ha mantenido secreta por más de cien años, generando la industria con mayor presencia en el mundo, y con mayores utilidades, gracias a

la explotación de una información comercial respecto de la cual se han tomado todas las medidas para mantenerla de manera reservada y confidencial por parte de la misma.

El Artículo 84 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial establece que en contratos donde se transmitan conocimientos técnicos se podrá incluir la cláusula de confidencialidad. Se entiende por secreto industrial "toda información de aplicación industrial que guarde una persona física o moral con carácter confidencial que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los métodos o sistemas suficientes para preservar su confiabilidad y acceso restringido a la misma". (Artículo 82 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial).

J) No vender o explotar otros productos o servicios. El franquiciatario es, en principio, un usuario exclusivo de la tecnología y solamente puede utilizarla para explotar un negocio en los términos que supone la franquicia. La obligación es la de fabricar, vender u ofrecer los productos y servicios que son materia del contrato, con prohibición de ofrecer o vender productos distintos. La falta de cumplimiento de esta obligación puede afectar a la organización del franquiciante, pues viola el principio de uniformidad de producto y servicio que ofrecen todos los franquiciatarios.

Como se dijo anteriormente debe existir una igualdad en todas las negociaciones del franquiciante, pues en ellas va implícito el buen nombre del negocio.

K) No ceder, traspasar o sublicenciar. Como el contrato de franquicia es *intuitu personae*, el franquiciatario no podrá ceder, traspasar o celebrar contratos de subfranquicia sin autorización expresa del franquiciante.

L) Cooperar en la publicidad. Como se dijo, en algunos productos o servicios la publicidad que realiza el franquiciante beneficia a todos los franquiciatarios, de tal forma que algunas veces se impone a éstos la obligación de contribuir a los gastos de publicidad. Esta cooperación puede ser para una publicidad en medios masivos (radio, televisión) y el fondo lo administra el franquiciante; o publicidad local que directamente corresponde a los franquiciatarios de determinado territorio. También puede obligarse al franquiciatario a gastar o invertir un monto determinado de sus ventas o utilidades en publicidad propia.

Es importante comentar en esta tesis, el hecho de que normalmente en los contratos de franquicia, cuando se establece la posibilidad de que el franquiciatario desarrolle publicidad independiente o aplique una parte de las ventas en inversiones de esta naturaleza, se cuenta con la previa autorización del material publicitario, de las campañas, de las oraciones que se utilizarán en la misma, con el con-

sentimiento por escrito del franquiciante, con el objeto de que en ningún caso se realice publicidad que pueda ser contradictoria u opuesta a la imagen que el franquiciante pretende proyectar.

Como parte de la uniformidad que la franquicia debe aspirar a lograr en todos los niveles, en los negocios franquiciados, la publicidad juega un papel determinante en el sentido de proyectar una misma imagen para todas las unidades de franquicia, de tal suerte que si las propias unidades de franquicia toman las decisiones respecto de la publicidad que habrán de emprender, es muy fácil que dicha finalidad se desvirtúe y cada unidad franquiciada proyecte ciertas imágenes diversas que no serían convenientes para la unidad de la franquicia.

M) Aceptar inspecciones. Obligación correlativa del derecho a inspeccionar y supervisar que tiene el franquiciante, está la obligación del franquiciatario de aceptar y colaborar en las inspecciones, visitas, supervisiones, auditorías, etc., que hace el franquiciante para comprobar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, de las directrices, normas e instrucciones.

N) Inscribir el contrato. Eventualmente, cuando el contrato sea objeto de inscripción, hacer todos los trámites necesarios a fin de que el contrato quede ya registrado donde corresponda y tenga plena validez en el país en el que se aplica.

O) A la terminación. Cuando termina el contrato, el franquiciatario tiene obligación de discontinuar el uso de la franquicia que supone dejar de usar las marcas, nombres y avisos comerciales y la explotación de patentes, así como también de toda la tecnología proporcionada por el franquiciante. Debe dejar de operar la negociación mercantil y dejar de hacer negocios bajo el nombre del franquiciante o de cualquier manera que pueda causar confusión al público y a los consumidores que crean que sigue existiendo la relación de la franquicia. Esta obligación puede tener problemas en su cumplimiento y en las sanciones correspondientes al franquiciatario que no cumpla con lo pactado especialmente cuando el contrato termina antes del plazo señalado por causas de terminación provocadas por el franquiciatario.

9. LA SUBFRANQUICIA.

La subfranquicia se puede dar en el contrato de franquicia por un medio por el que el contrato principal u original se desdobra en otro o varios contratos. En el contrato de subfranquicia el franquiciatario se convierte en subfranquiciante del subfranquiciatario y, no será siempre necesario que, para cada caso concreto, intervenga el franquiciante original.

El contrato de subfranquicia se produce en aquellos contratos de franquicia en los que el territorio o espacio geográfico concedido es del tipo de "área de desarrollo de franquicia" (master franchise),

para que el franquiciatario, dentro del área autorizada pueda conceder subfranquicias.

La figura de la subfranquicia tiene sus propios elementos que son:

A) En primer lugar la existencia de un contrato principal de franquicia entre franquiciante (original) y franquiciatario.

B) Lo anterior da lugar a un contrato derivado, subcontrato de franquicia, entre franquiciatario que es subfranquiciante, y un nuevo franquiciatario que se convierte en subfranquiciatario.

C) Tendrá que tener la autorización general del franquiciante original para que el franquiciatario (subfranquiciante) subcontrate (franquicia de desarrollo de área); o autorización expresa y concreta para cada caso de subcontratación.

D) También tiene que tener la misma naturaleza del contrato (franquicia) y el contenido, límites, plazo, condiciones similares o iguales, entre la franquicia y la subfranquicia, de modo que éste último no rebase los límites del contrato original o principal de franquicia.

10. LA CESION DE LA FRANQUICIA.

En virtud de que la cesión de derechos es un contrato por el cual el titular de un derecho lo transmite a otra persona gratuita u onerosamente, sin modificar la relación jurídica, el tema de la

transferencia o cesión de la franquicia por parte del franquiciatario, afecta en forma importante al franquiciante, pues éste tiene un interés legítimo en mantener la integridad de sus marcas y también tener el mismo nivel de calidad que la compañía requiere.

En algunos estados de los Estados Unidos de América hay disposiciones que prohíben la transferencia del franquiciatario cuando el franquiciante no está involucrado en la transacción.

La transferencia de la franquicia puede tener como modalidad el que el franquiciante tenga preferencia para adquirir dicha franquicia, o para señalar un adquirente de las misma que, a su juicio, tenga capacidad para ser franquiciatario, y que podrá ser otro de sus franquiciatarios de su sistema de franquicias. Es probable que sus franquiciatarios tengan un derecho de opción para adquirir nuevas franquicias. Sobre este tema el jurista Vincet Chulia⁵¹ nos dice que "En los Estados Unidos se observa precisamente un proceso de reducción de franchising (franquiciamiento), mediante adquisición por los franchisors (franquiciantes) de los establecimientos de los franchisees (franquiciatarios) y su integración al sistema de distribución directa mediante sucursales."

La cesión o transferencia de franquicia constituye jurídicamente una cesión del contrato en la que se sustituye al franquiciatario por

⁵¹ VINCENT CHULLIA, Francisco, Op. Cit., p. 175

otro sujeto en la titularidad de la relación jurídica derivada del contrato. Es bastante claro que el contrato no es materia de la cesión, sino tan solo los efectos -derechos y obligaciones de las partes contratantes- que derivan del contrato. Como esta novedosa figura no está reglamentada en nuestro derecho mexicano, resultan aplicables, por analogía, las normas sobre la cesión de derechos y asunción de deudas de nuestro Código Civil (Artículo 2029 y siguientes).

11. TERMINACION EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA.

La terminación del contrato de franquicia es un tema de mucho interés, pues la falta de regulación legal, provoca que el franquiciatario puede quedar desprotegido como parte débil de esta relación.

De las causas generales de terminación del contrato algunas de las cuales pueden ser pactadas por las partes en el contrato de franquicia, algunas de las causas son: el agotamiento natural del contrato; el vencimiento del término; la muerte o incapacidad superviniente de uno de los contratantes; la voluntad unilateral de una de las partes; el mutuo consentimiento; la quiebra de uno de los contratantes o la rescisión por incumplimiento.

La aplicación concreta de estas causas generales de terminación del contrato de franquicia generalmente están pactadas en el propio contrato. Las causas contractuales más importantes son:

A) Aviso de alguna de las partes. Este aviso suele estar pactado en el contrato con un plazo mínimo y alguna formalidad para hacerlo saber a la contraparte. Por ejemplo, el franquiciatario podrá dar por terminado el contrato mediante aviso por escrito dado al franquiciante en un plazo de seis meses. Este aviso de terminación puede establecerse que sólo opera después de cinco o diez años de vigencia del contrato.

B) Terminación anticipada por incumplimiento de alguna de las partes, o rescisión. En esta causal suele pactarse cuales son las violaciones graves al contrato que dan lugar a la terminación anticipada para alguna de las partes.

Por ejemplo, el incumplimiento de ciertas obligaciones del franquiciatario como no pagar la contraprestación periódica, no guardar el secreto de los conocimientos recibidos, no respetar la exclusiva, traspasar la negociación o ceder el contrato, abrir nuevos establecimientos sin aprobación del franquiciante y otros incumplimientos graves. En algunos casos, el no cumplimiento de estas obligaciones se pone como causa de terminación anticipada del contrato.

La resolución por incumplimiento se fundamenta legalmente, en nuestro derecho, en el Artículo 1949 del Código Civil, se previene para los contratos bilaterales la posibilidad de resolverlos por incumplimiento de una de las partes. En este caso la parte perjudica-

da puede pedir el cumplimiento forzoso o la rescisión y, en ambos casos, el pago de daños y perjuicios.

Sánchez Meda⁵² apunta que "La norma general de este modo de terminación de contrato es que la parte perjudicada que quiera resolverlo por incumplimiento de la otra debe promover el juicio ante la autoridad judicial". Este es el llamado pacto comisorio tácito.

Para solucionar estos incumplimientos, generalmente se pacta en el contrato que el franquiciante puede aceptar que las violaciones o incumplimiento del contrato por parte del franquiciatario se lo hará saber por escrito, y durante un término pactado. El franquiciatario deberá subsanar la violación o dejar de incumplir. Si durante ese período pactado el franquiciatario no responde para cumplir, opera la terminación anticipada del contrato.

Algunas disposiciones en Estados Unidos usualmente previenen un plazo mínimo de aviso durante el cual al franquiciatario se le concede una oportunidad de corregir el incumplimiento del contrato y evitar así la terminación. El período de corrección para dejar de incumplir el contrato puede ser de diez días y en otros casos las normas establecen hasta noventa días.

C) Quiebra del franquiciatario o del franquiciante como causa de terminación. A esta causal a veces se le agregan otras que afectan a

⁵² SANCHEZ MEDAL, Ramón, "DE LOS CONTRATOS CIVILES", 9ª edición, Editorial Porrúa, México, 1973 p. 48

la operación normal del franquiciatario, como podría ser la huelga cuando se prolonga por determinados días; el embargo de toda la negociación o de ciertos activos importantes, con posibilidad de intervención en la administración por parte de la autoridad judicial; la expropiación; la suspensión de pagos.

D) Llegada del término del contrato. Esta causa de terminación no requiere de aviso o actos propios de las partes. Hay ocasiones en que la llegada del plazo termina el contrato, salvo que las partes decidan continuar con el mismo por períodos (anuales, cinco años), o un plazo igual al inicial, si se pacta la renovación automática, a menos que se dé aviso en contrario en un plazo y forma pactada. A la llegada del plazo es conveniente que las partes determinen contractualmente algunos efectos posteriores como el no uso de la marca por el franquiciatario, la mercancía producida y no vendida, etc.

E) Muerte del franquiciatario. Esta causa sólo se da cuando el franquiciatario es una persona física. Puede establecerse en el contrato que el contrato de franquicia continúe vigente con los herederos o que se termine en un plazo razonable en el cual el franquiciante tiene derecho a "recomprar" la franquicia o dar alguna indemnización a los herederos. También puede pactarse que los herederos pueden ceder el contrato de franquicia a un tercero a la muerte del franquiciatario.

En disposiciones del estado de California (EUA) se previene que a la muerte del franquiciatario el franquiciante no negará al cónyuge superviviente o a los herederos la oportunidad de participar como propietarios de la franquicia por un tiempo razonable, durante el cual deberán satisfacer los requisitos de un franquiciatario o vender o traspasar la franquicia a una persona con las cualidades que exige el franquiciante para nuevos franquiciatarios.

F) En los contratos de formación y explotación de una negociación, las disposiciones de varios estados de la Unión Americana generalmente establecen que el franquiciante puede dar por terminado el contrato, o negar la prórroga, si hay una justa causa (good cause). El concepto de justa causa, buena causa, causa razonable o, simplemente, causa, varía de una legislación estatal a otra. Muchas veces incluye que la justa causa es la violación o el incumplimiento del franquiciatario a los requerimientos o a las obligaciones del contrato de franquicia. Algunas normas determinan que el incumplimiento, para ser causa, debe ser "sustancial"; otras aluden a causas específicas como: abandono del negocio por el concesionario, cometer un delito, mal uso de la marca del concedente, quiebra y falta de pagos.

Con relación a los efectos de la terminación de este contrato es necesario hacer notar que estamos en presencia de un contrato de tracto sucesivo, y la rescisión por incumplimiento o la terminación anticipada produce efectos hacia el futuro, no en forma retroactiva

como sucede en contratos de ejecución instantánea o de una sola prestación.

En materia de rescisión, nuestro Código Civil no contiene una norma que explique este fenómeno. El Código Civil italiano dice en su Artículo 1458, "La resolución del contrato por incumplimiento tiene efectos retroactivos entre las partes, salvo en el caso de los contratos de ejecución continuada o periódica, con respecto a los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones antes realizadas..."

Algunos de los pactos que debe contener el contrato de franquicia para los casos de terminación anticipada o por la llegada del plazo son:

- a) La obligación del franquiciatario de no usar la marca, removerla de todos los establecimientos, equipos e instalaciones, etc. Esta obligación debe ampliarse, en cada contrato, para el uso del nombre comercial, los avisos comerciales y la explotación de las patentes.
- b) El franquiciatario no podrá seguir explotando la negociación materia de la franquicia, ni realizar negocios similares o semejantes que pudieran afectar al licenciante y dar la impresión a los consumidores o público de que el franquiciatario es todavía una persona autorizada por el franquiciante para explotar esa clase de negocio.

c) Devolución de equipo, inventario de mercancías y alguna información sobre el know-how o procedimiento de fabricación, venta o prestación de los servicios materia de la franquicia. Conviene que se pacte a que precios debe el franquiciante pagar ese equipo, mercancía, instalaciones, información, etc.

d) Las órdenes o pedidos pendientes de fabricación o entrega que tenga el franquiciatario y, la clientela que, al parecer, corresponde al franquiciante como titular de la marca y al franquiciatario como propietario de la empresa objeto de la explotación en el contrato de franquicia. La clientela, por efectos prácticos, generalmente pasa al franquiciante.

Con respecto al franquiciatario, los efectos de la terminación o no renovación pueden incluir una indemnización, aunque sobre esto tenemos varias opiniones:

En la primera opinión tenemos a Cardelús⁵³ y dice que "no sería justo que el franquiciado que ha integrado una red importante y otros beneficios para el franquiciante, no tenga derecho a una compensación". La corriente de opinión, más jurídica y con base contractual, es que no hay derecho a indemnización.

⁵³ CARDELUS I. GASSIOT. *Idus*, Op. Cit. p. 121

Con respecto a la no renovación cuando no se ha estipulado como derecho del franquiciatario que se le renueve a la terminación, éste no tiene, en principio, derecho a indemnización.

En la segunda opinión Arce Gargollo⁵⁴ apunta que "cuando el contrato de franquicia concluye con la llegada del plazo inicialmente pactado o de sus prórrogas, el franquiciatario no tiene derecho a indemnización. Si la terminación es antes de que concluya el plazo originalmente pactado o sus renovaciones, habrá que determinar si hay causa justa para la terminación anticipada por parte del concesionario. En caso de que no haya incumplimiento del franquiciatario, el franquiciante que da por terminado antes del plazo debe una indemnización a su contraparte".

La corriente de opinión, más jurídica y con base contractual, es que no hay derecho a indemnización.

Con respecto a la no renovación cuando no se ha estipulado como derecho del franquiciatario que se le renueve a la terminación, éste no tiene, en principio, derecho a indemnización.

⁵⁴ ARCE GARGOLLO, Javier, Op. Cit. p. 56

CONCLUSIONES

1. Como se puede apreciar al revisar los primeros elementos que surgieron en la conformación de las franquicias, es notorio que éstas derivan de la propia dinámica comercial, resolviendo necesidades que la distribución de los productos marcaban en otros tiempos.

Es un hecho que históricamente se demuestra que las franquicias ofrecieron desde su origen la magnífica ventaja consistente en que una empresa puede ofrecer utilidades a terceros, expandiéndose para ello con capitales de múltiples fuentes, es decir, de los franquiciatarios, llegando a territorios que de otra manera sería imposible acceder. Elementos tales como la uniformidad de los establecimientos y la publicidad compartida se van sumando a la institución de la franquicia, hasta convertirla en un vehículo ideal para la expansión comercial.

2. La franquicia necesariamente tuvo que estar regulada, en sus inicios, por principios jurídicos que nutren a la legislación mercantil en su conjunto, observando los usos y costumbres comerciales de las diversas sociedades en que el fenómeno se fue gestando.

La franquicia, como figura legal de novedosa existencia en nuestro medio, evidentemente contiene elementos propios a sistemas jurídicos

de otros países, pero que no por ello resultan necesariamente incompatibles con nuestro sistema legal.

3. El concepto y la institución de la franquicia, como se observa de su misma historia, se encuentran en constante evolución, ya que el comercio mismo le imprime la dinámica de los cambios y alternativas que la economía plantea constantemente: la misma ha desbordado las fronteras de un país para arribar a los territorios de otros, sin perder las características que han definido su estructura y funcionamiento.

Sin embargo, cuando el concepto de franquicia se introduce y confronta al esquema jurídico de un país, se deben aceptar ciertas modificaciones que le permitan adaptarse a las exigencias propias de ese sistema.

4. La expansión y difusión del fenómeno de franquicias en los últimos años ha desbordado la esfera privativa de los agentes económicos directamente involucrados para tener efectos sumamente importantes en la economía de una región o un país, hasta el punto de representar un importante indicador económico.

Esa es una de las razones que justifican que jurídicamente se conceda a la institución de la franquicia una atención de la máxima jerarquía.

5. La legislación mexicana ha sufrido, en espacio de dos décadas, un giro radical, que está representado claramente por los cambios que se suscitaron en relación a la llamada Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas, legislación que fue promulgada en nuestro país en el año de 1972, substituida por una legislación del mismo corte en el año de 1981, y finalmente abrogada en el año de 1991 con la promulgación de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial.

Esta legislación, en su momento, representó la piedra angular del sistema del gobierno del Presidente Echeverría, junto con legislaciones como la de Inversiones Extranjeras y la de Invenciones y Marcas, mismas que tenían por objeto el control absoluto de los intereses de empresas transnacionales y sus operaciones en territorio nacional.

6. Una de las particularidades fundamentales de la franquicia, se refiere al hecho de que los agentes que intervienen en la celebración del contrato de franquicia, mantienen absoluta independencia jurídica y patrimonial.

A pesar de que como consecuencia de la esencia natural del contrato de franquicia la empresa franquiciante y franquiciataria mantienen una estrecha relación para el cumplimiento de los objetivos contractuales, ello no significa que las empresas sufran algún tipo de integración o que la autonomía de las mismas como entidades jurí-

cas independientes sean afectadas.

7. Quien compra una franquicia normalmente cuenta con elementos muy valiosos relativos a sus relaciones dentro del nuevo mercado, así como a buena fama comercial, y un conocimiento muy consistente de las necesidades de los consumidores de esa región, lo que normalmente permite hacer una elección muy correcta del tipo de franquicia a adquirir con el objeto de que se cumplan los fines de la institución, que es la reproducción de una fórmula exitosa de negocios en diversos territorios, realizando las adaptaciones que sean necesarias para que la fórmula funcione en diversos ambientes y mercados.

8. Uno de los aspectos que le brindan a la franquicia una base tan sólida y exitosa como la que actualmente tiene en el mundo, está basada en la concentración de esfuerzos y recursos en una sola entidad, que a través de su perfeccionamiento va derramando sus beneficios en las diversas unidades franquiciadas.

El hecho de que existan diversos franquiciatarios que generan ingresos para la franquicia, permite que la franquicia como tal esté en constante evolución y mejoramiento, de manera que las propias unidades franquiciadas reciban los beneficios de ese proceso de depuración, teniendo la posibilidad de lograr mejores beneficios dentro de una economía competitiva, lo que le brinda a la franquicia, frente a otros tipos de negocios, una ventaja cuantitativa y cualitativamente muy significativa.

9. Toda vez que en la franquicia se da acceso a terceras personas, que son los franquiciatarios, a utilizar los signos distintivos de la empresa, es decir, las marcas y los avisos comerciales o slogans, es evidente que la legislación debe procurar que el franquiciatario quede absolutamente ceñido a los lineamientos que el franquiciante le imponga respecto al uso correcto de las marcas y los slogans de la franquicia, ya que su utilización indebida puede mermar la capacidad distintiva de dichas marcas.

Siendo las franquicias negocios que deben manifestar una absoluta uniformidad e identidad respecto del negocio prototipo, la aplicación de la marca en un negocio diferente o en un negocio que no es uniforme o congruente con los restantes, produce una importante desorientación en el público consumidor que desde luego merma el prestigio de la marca.

Por lo anterior, en todos los casos la legislación y el contrato mismo de franquicia deben ser sumamente cuidadosos de que la utilización de la marca se realice por el franquiciatario con estricto apego a los lineamientos que permitan garantizar que el signo distintivo en ningún momento se verá afectado o mermado en su prestigio frente a los consumidores.

10. En principio, el surgimiento de la franquicia maestra, ha tenido buena aceptación en mercados que presentan características especiales, por que de alguna manera permite la adaptación general de la franquicia a las condiciones imperantes en ese nuevo mercado, de

tal forma que al recibir el franquiciatario final el negocio de la franquicia ya lo encuentra muy adaptado y desarrollado a las condiciones específicas de su territorio, lo cual suele simplificar la relación.

Sin embargo, desafortunadamente en nuestro país se ha observado que la figura del franquiciatario maestro no en todos los casos está cumpliendo con su importante labor, sino que en ocasiones se trata de empresas o personas que carecen de la experiencia necesaria para entender, interpretar y prestar los servicios derivados de la franquicia, y consecuentemente otorgan subfranquicias que involucran un alto riesgo para los compradores.

Al momento que existe una especie de intermediario entre el franquiciante original y el franquiciatario de la unidad que se opera suele introducirse una distorsión en esta relación jurídica, que además de implicar un costo adicional generado por la intervención de esta empresa intermediaria, impone una serie de restricciones de comunicación entre las partes tradicionales del contrato de franquicia, lo que suele generar conflictos demasiado graves.

Por lo tanto, es importante que en nuestro país se vigile y regule de manera conveniente la figura del franquiciatario maestro, a efecto de asegurar al franquiciatario final el que reciba a cambio de su inversión los servicios que el franquiciante original debe suministrar.

11. A pesar de las diferencias existentes de los diversos contratos que han precedido a la franquicia, un enfoque que no puede olvidarse es el relativo a considerar a dichos contratos como antecedentes inminentes del propio contrato de franquicia, lo que en cierta forma permite analizar y entender las obligaciones y derechos que involucra un contrato de esta naturaleza.

Es decir, más allá de analizar únicamente sus diferencias, deben también destacarse sus similitudes, ya que ello permite tener un punto útil para el análisis y comprensión de esta nueva figura jurídica.

12. Tal como lo refiere el artículo 139 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, es evidente que cuando se concede una licencia dentro del Territorio Nacional, el usuario de la marca está obligado a expender los productos o prestar los servicios distinguidos por la marca, por lo menos en una calidad idéntica o coincidente con los productos o servicios vendidos o prestados por el propio titular del registro de la marca.

Lo anterior significa, que en una licencia de marca debe de estar considerado, que el usuario reciba no solamente el derecho a la utilización de los signos distintivos, sino suplementariamente todos los elementos para que la prestación de los servicios sea de acuerdo a dichos estándares de calidad.

Ello hace que entre la licencia de marcas y la franquicia, se establezca un puente de comunicación, ya que el legislador se ha preocupado por el hecho de que el consumidor reciba un producto o un servicio que sean correspondientes a la calidad que el signo distintivo asegura, y por lo tanto contempla, inclusive, como una infracción administrativa, el hecho de que no se de cumplimiento a esta disposición jurídica.

13. Muchas veces suele criticarse a la costumbre o el hábito consistente en trasladar algunas figuras existentes en otros sistemas jurídicos distintos al nuestro, como si ello implicase una desvirtuación de nuestro sistema normativo, que desde luego cuenta con una gran tradición y constituye uno de los esquemas legales mejor estructurados en el mundo.

Sin embargo, es importante destacar que en absoluto debe considerarse a este tipo de adaptaciones de figuras jurídicas provenientes del exterior, como una desvirtuación de nuestro propio sistema normativo, sino al contrario, es una situación que puede llegar a enriquecer a nuestro sistema jurídico, ya que permite evolucionar hacia figuras antes no previstas, y que la propia sociedad en su evolución y dinámica exige.

Por lo anterior, el hecho de que en México se introduzca el contrato de franquicia como un contrato regulado y previsto por nuestra legislación, me parece un objetivo loable, ya que de los contratos existentes en nuestro sistema, ninguno puede adaptarse fielmente a

las necesidades y esquema propios de la franquicia, lo que repercute en ciertas posibilidades de conflicto entre las partes.

14. La franquicia ocupa un papel preponderante, ya que es una de las formas de intercambio comercial que en el mundo están actualmente en auge, y al establecer canales de intercomunicación entre agentes económicos de diversas naciones, permite justamente el establecer relaciones supranacionales, constantes, que generan ventajas para los nacionales de los países involucrados.

Por lo anterior, es un hecho que la franquicia, para su estudio y regulación, debe desbordar inclusive los marcos específicos de la regulación nacional, para insertarse dentro de un análisis global que involucre consideraciones sobre las relaciones internacionales que se plantean en el esquema de franquicia.

15. Las franquicias en México deben realmente ofertarse sobre la base de que se han realizado concienzudos y detallados estudios de mercado, que realmente permitan asegurar al franquiciatario un alto índice de posibilidades de éxito en la consecución del negocio, ya que, como todos lo sabemos, en ocasiones existen ofertas de franquicia sobre la base de datos especulativos que necesariamente conducen, en la mayoría de los casos, a rotundos fracasos que merman el patrimonio del franquiciatario y desde luego repercuten en el prestigio general del fenómeno de la franquicia.

16. Si el procedimiento legal que se instrumente para lograr la rescisión del contrato puede tardar tres o cuatro años para lograr una resolución definitiva y firme que impida al franquiciatario continuar en el uso de la marca, es evidente que el sistema no estará respondiendo adecuadamente a las necesidades del contrato de franquicia, ya que sería indispensable contar con un remedio legal que permitiese eliminar del establecimiento franquiciado que se encuentra en incumplimiento, los signos distintivos respectivos, de manera que el público se de cuenta de que es un franquiciatario que se encuentra en una situación de incumplimiento, y consecuentemente preservar, de esa manera, el prestigio de la franquicia.

La franquicia, deberá merecer un tratamiento específico dentro de nuestra normativa, de tal suerte que los derechos y obligaciones que competen al franquiciante y al franquiciatario deberán estar claramente definidos en la Ley, y el mismo esquema contractual pueda estar previsto de manera típica en el ordenamiento que se considere apropiado para este tipo de acuerdos.

17. En mi opinión, el contrato de franquicia debe insertarse en la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, como un contrato típico de la materia marcaría y de transferencia de tecnología, ya que son los objetos básicos del acuerdo.

Por otro lado, me parece adecuado insertar este tipo de esquema contractual en dicho ordenamiento, por virtud de que es congruente con el propio cuerpo normativo, mismo que se dirige a la preservación

de los derechos marcarios del agente económico, frente a los derechos que al público consumidor le competen en el sentido de que las marcas cumplan la función social de distintividad a que están destinadas.

18. Si bien es cierto que la mayor parte de los autores convienen en que la naturaleza del contrato de franquicia es de índole mercantil por estar celebrado entre comerciantes, me parece importante hacer la salvedad de que en muchas ocasiones la persona del franquiciatario no ostenta, a la firma del contrato, dicha calidad, toda vez que se trata normalmente de un individuo que encuentra precisamente en el negocio de franquicia, una oportunidad de iniciar un negocio y consecuentemente adquiere la calidad de comerciante con motivo de la celebración del contrato de franquicia.

La importancia de la definición de este punto, en mi opinión, y de acuerdo al marco de referencia que pretende brindar este trabajo de investigación, es el hecho de determinar si el contrato tiene naturaleza estrictamente-mercantil por virtud de la calidad de las partes que lo signan, ya que ello repercutirá, en caso de un conflicto, en determinar si la vía conducente para la tramitación del juicio respectivo será la ordinaria mercantil o la ordinaria civil.

19. Es muy importante señalar una situación que se presenta en el contexto de nuestro país, y que repercute en que necesariamente deba intentarse, en todos los casos, eliminar la consideración del contrato de franquicia como un contrato de adhesión, propuesto por el franquiciante.

Ello deriva, de la consideración de que en nuestro país las franquicias están involucradas en un mercado totalmente diferente al norteamericano, y que por lo tanto requieren de una serie de ajustes y modificaciones para adaptarlas a nuestras circunstancias.

Ello hace, que de alguna manera, el franquiciatario deba en todos los casos tratar de negociar con el franquiciante, la modificación de aquellas cláusulas que considere inconvenientes o no aplicables dentro de nuestro sistema normativo, buscando en todos los casos las condiciones más favorables para la operación de la franquicia.

Es precisamente en este punto, donde se justifica plenamente la intervención de un licenciado en derecho, en la negociación o el contrato de franquicia, ya que puede negociar, desde una perspectiva jurídica, la redacción y consecución de cláusulas claras y convenientes para el tipo de negocio que se pretende desarrollar.

20. Un aspecto muy importante es el consistente en la posibilidad de que el usuario de la marca registrada -calidad que se adquiere por virtud del contrato de franquicia- puede interponer las acciones tendientes a impedir la utilización no autorizada de la marca por un tercero.

Normalmente, los contratos de franquicia incluyen una prohibición al respecto, con el objeto de reservar al franquiciante la decisión y posibilidad de interponer las acciones conducentes, ya que normalmente al franquiciante no le gusta ceder o delegar la

responsabilidad del seguimiento de los juicios a la entidad del franquiciatario.

Sin embargo, una cuestión no resuelta por nuestra legislación, relativa a la posibilidad de que el franquiciante no lleve a cabo todas las gestiones legales conducentes a impedir la imitación, lo que evidentemente podría estar transgrediendo los derechos de exclusividad que le fueron cedidos al franquiciatario, y para los cuales tiene garantizado un territorio.

Esta circunstancia, desde luego, manifiesta una contradicción, que la legislación de propiedad industrial no resuelve, por lo que sería conveniente contemplarlas en futuras enmiendas a dicho cuerpo normativo.

21. El hecho de que a un franquiciatario se le impida operar un negocio del mismo tipo de la franquicia, durante la vigencia del contrato, e incluso de manera posterior, en mi opinión debe considerarse definitivamente inconstitucional ya que, siendo una actividad lícita, está respaldada por el Derecho Constitucional al trabajo, y consecuentemente, las cláusulas incluidas en el contrato de franquicia relativas a esta restricción, deben reputarse nulas y entenderse como no puestas.

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ SOBERANIS, Jaime, "La Regulación de las Invenciones, Marcas y de la Transferencia de Tecnología", 1ª Ed., Editorial Porrúa, México 1979.
- ARCE GARGOLLO, Javier, "El Contrato de Franquicia", 2ª Ed., Editorial Themis, S.A. de C.V., México, 1992.
- BROSETA PONT, Manuel, "Manual de Derecho Mercantil", 7ª Ed., Editorial Tecnos, Madrid, España, 1987.
- CARDELUS I. GASSIOT, Lluís, "El Contrato de Franchising", 2ª Ed. Editorial PPU, Barcelona, España, 1988.
- CHERTO, Marcelo, "Franchising, Revolucao no Marketing", 3ª Ed., Editorial Mc Graw Hill, Sao Paulo, Brasil, 1989.
- GONZALEZ CALVILLO, Enrique y Rodrigo, "Franquicias: La Revolución de los 90's", Editorial Mc Graw Hill, México, 1991.
- JALIFE DAHER, Mauricio, "Aspectos Legales de las Marcas en México", 1ª Ed., Editorial SISTA, S.A., México, 1992.
- KEUP, Erwin J., "Franchise Bible", Editorial The Oasis Press, Oregon, E.U.A., 1991.
- MANTILLA MOLINA, Roberto, "Derecho Mercantil", 28ª Ed., Editorial Porrúa, México, 1992.
- PUNTE MUÑOZ, Teresa, "El Contrato de Concesión Mercantil", Editorial Montecoruo, Madrid, 1976.
- RAAB, Steven S., "Franquicias: Como Multiplicar su Negocio", Editorial Limusa, S.A. de C.V., México, 1992.
- RUIZ PERIZ, Juan Ignacio, "La Franquicia", Editorial Cuadernos Civitas, S.A., Madrid, España, 1991.
- SANCHEZ MEDAL, Ramón, "De los Contratos Civiles", 9ª Ed., Editorial Porrúa, México, 1973.
- SERRA ROJAS, Andres, "Derecho Administrativo", 8ª Ed., Editorial Porrúa, México, 1973.
- VICENT CHULIA, Francisco, "Compendio Crítico de Derecho Mercantil", 2ª Ed., Editorial Bosel, Barcelona, España, 1986.
- "THE EXECUTIVES", Guide to Franchise Opportunities, Editor: Franchise Update, California, E.U.A., 1992.
- "BLACK'S LAW DICTIONARY", 6ª Ed. Editorial West Publishing Co., E.U.A., 1991.